URTEIL DES GERICHTS (Dritte erweiterte Kammer)

9. September 2008 *

In der Rechtssache T-212/03

MyTravel Group plc mit Sitz in Rochdale, Lancashire (Vereinigtes Königreich), Prozessbevollmächtigte: D. Pannick, QC, M. Nicholson und S. Cardell, Solicitors, A. Lewis, Barrister, und R. Gillis, QC,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, zunächst vertreten durch R. Lyal, A. Whelan und P. Hellström, dann durch R. Lyal und F. Arbault als Bevollmächtigte,

Beklagte,

unterstützt durch

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch W.-D. Plessing und M. Lumma als Bevollmächtigte,

Streithelferin,

* Verfahrenssprache: Englisch.

wegen Ersatzes des Schadens, den die Klägerin wegen Rechtsverstößen im Verfahren zur Kontrolle der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses zwischen ihr und der First Choice plc mit dem Gemeinsamen Markt erlitten haben soll,

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Dritte erweiterte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Azizi, des Richters J. D. Cooke, der Richterinnen E. Cremona und I. Labucka sowie des Richters S. Frimodt Nielsen (Berichterstatter),

Kanzler: C. Kantza, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 29. April und 20. Mai 2008

folgendes

Urteil

Sachverhalt

1 Am 29. April 1999 gab die Klägerin, der britische Reiseveranstalter Airtours plc — nunmehr MyTravel Group plc —, ihre Absicht bekannt, das gesamte Kapital einer ihrer Konkurrentinnen im Vereinigten Königreich, First Choice plc, an der Börse zu erwerben. Am selben Tag meldete die Klägerin dieses Vorhaben eines Zusammenschlusses bei der Kommission an, um eine Genehmigungsentscheidung nach der

Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (berichtigte Fassung ABl. 1990, L 257, S. 13), zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 (ABl. L 180, S. 1), zu erhalten.

2 Mit Entscheidung vom 3. Juni 1999 stellte die Kommission fest, dass der Zusammenschluss hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu ernsthaften Bedenken Anlass gebe, und entschied gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 4064/89, das Verfahren zur eingehenden Prüfung zu eröffnen.

3 Am 9. Juli 1999 sandte die Kommission der Klägerin gemäß Art. 18 der Verordnung Nr. 4064/89 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte, in der sie darlegte, weshalb sie aufgrund einer vorläufigen Prüfung meine, dass der geplante Zusammenschluss eine kollektive beherrschende Stellung auf dem britischen Markt für Kurzstrecken-Auslandspauschalreisen begründen würde. Die Klägerin antwortete auf diese Mitteilung der Beschwerdepunkte am 25. Juli 1999.

4 Am 6. September 1999 holte die Kommission die Stellungnahme interessierter Dritter zu einer Reihe von Verpflichtungsvorschlägen der Klägerin ein, die diese am 7. September 1999 formalisierte. Diese Dritten konnten bis 8. September 1999 antworten; die Bedenken der Kommission wurden durch die Antworten indessen nicht ausgeräumt.

5 Am 9. September 1999 vertrat die Mehrheit der Mitglieder des Beratenden Ausschusses für Unternehmenszusammenschlüsse die Ansicht, dass die Verpflichtungszusagen der Klägerin nicht ausreichten, um die von der Kommission bis dahin ausgemachten Wettbewerbsprobleme auszuräumen.

6 Die vorgenannten Verpflichtungszusagen wurden innerhalb der nach dem Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens zur eingehenden Prüfung beginnenden Dreimonatsfrist vorgelegt, die in Art. 18 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 447/98 über die Anmeldung, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung Nr. 4064/89 (ABl. L 61, S. 1) vorgesehen ist, damit die beteiligten Unternehmen der Kommission die Verpflichtungszusagen unterbreiten können, die in einer Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 berücksichtigt werden sollen. Diese Frist endete am 7. September 1999.

7 Am 14. September 1999 übermittelte die Klägerin der Kommission eine neue Gruppe von Verpflichtungsvorschlägen, die von den vorhergehenden inspiriert waren. Am 15. September 1999 fand zur Erörterung dieser Vorschläge bei der Kommission eine Sitzung statt, nach der die Klägerin der Kommission einen verbindlichen Vorschlag mit geänderten Verpflichtungszusagen unterbreitete.

8 Am 16. September 1999 beantragte die Klägerin eine Verlängerung der in Art. 18 Abs. 2 der Verordnung Nr. 447/98 vorgesehenen Dreimonatsfrist, die die Kommission unter außergewöhnlichen Umständen gewähren kann. Die Klägerin machte hierbei nach dieser Bestimmung drei Ausnahmefälle geltend, nämlich die Schwierigkeiten bei der Suche nach einer geeigneten Lösung, den Hinweis, einen konstruktiven Dialog im Verwaltungsverfahren geführt zu haben, und die im Gang befindliche Neubildung der Kommission.

9 Am 22. September 1999, also zwei Wochen vor Ablauf der Frist von vier Monaten nach Einleitung des Verfahrens zur eingehenden Prüfung, die in Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 4064/89 als äußerste Frist für den Erlass einer Entscheidung nach Art. 8 Abs. 3 der Verordnung Nr. 4064/89 vorgesehen ist — sie endete am 5. Oktober 1999 —, erklärte die Kommission den angemeldeten Zusammenschluss mit Entscheidung 2000/276/EG (Sache IV/M.1524 — Airtours/First Choice) (ABl. 2000, L 93, S. 1, im Folgenden: Entscheidung Airtours) für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen.

10 Die Kommission führt im 193. Erwägungsgrund der Entscheidung Airtours aus, dass dieses Unternehmen Verpflichtungszusagen in einer sehr späten Phase des Verfahrens (am 15. September 1999) vorgeschlagen habe. Sie bemerkt darin ferner, dass diese Verpflichtungen nichts enthalten hätten, was die Klägerin nicht in Verpflichtungszusagen hätte einbeziehen können, die innerhalb der in Art. 18 Abs. 2 der Verordnung Nr. 447/98 vorgesehenen Dreimonatsfrist vorgelegt werden müssten, dass die Klägerin keine Gründe genannt habe, die als „außergewöhnliche Umstände" betrachtet werden und damit eine Verlängerung dieser Dreimonatsfrist im Sinne der vorgenannten Bestimmung bewirken könnten, und dass der Kommission selbst nicht mehr genügend Zeit verblieben sei, um diese Verpflichtungszusagen zufriedenstellend zu prüfen.

11 Die Klägerin erhob eine Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung Airtours. Das Gericht erklärte diese Entscheidung mit Urteil vom 6. Juni 2002, Airtours/Kommission (T-342/99, Slg. 2002, II-2585, im Folgenden: Urteil Airtours), für nichtig, indem es den dritten Klagegrund, der sich auf die Rechtmäßigkeit der von der Kommission vorgenommenen Bewertung der Auswirkungen des Zusammenschlusses Airtours/First Choice auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt bezog, für begründet erklärte, ohne dass es eine Prüfung des vierten Klagegrundes, der die Rechtmäßigkeit der Bewertung der im Verwaltungsverfahren unterbreiteten Verpflichtungszusagen durch die Kommission betraf, für erforderlich hielt.

Verfahren und Anträge der Parteien

12 Mit am 18. Juni 2003 eingereichter Klageschrift hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben.

13 Mit Beschluss vom 22. Juli 2003 ist die Rechtssache einer erweiterten Kammer zugewiesen worden.

14 Mit Beschluss vom 13. November 2003 ist die Bundesrepublik Deutschland als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen worden.

15 Mit Schreiben vom 22. März 2004 hat die Kommission beantragt, dass die Klägerin Sicherheit für die etwaige Zahlung der Kosten der Kommission in Höhe von 1,5 Millionen Euro leistet. Das Gericht hat der Kommission mitgeteilt, dass hierfür keine gesetzliche Grundlage bestehe.

16 Mit Schreiben vom 14. Juli 2004 hat die Klägerin prozessleitende Maßnahmen beantragt, damit ihr der Bericht der von der Kommission eingesetzten Arbeitsgruppe zur Bewertung der Auswirkungen des Urteils Airtours (siehe oben, Randnr. 11) und die dort angeführten Schriftstücke übermittelt werden. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2004 hat die Kommission zu diesem Antrag Stellung genommen und hierbei erklärt, dass diese Schriftstücke Gegenstand eines Antrags nach der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. L 145, S. 43) sein könnten.

17 In der Folge hat die Klägerin mit Schreiben vom 9. Januar 2006 erneut prozessleitende Maßnahmen dahin beantragt, dass das Gericht die Veröffentlichung des Berichts der Arbeitsgruppe und der dazugehörigen Schriftstücke durch die Kommission anordnet. In diesem Schreiben hat die Klägerin ferner vorgeschlagen, die Frage der Bewertung des Schadens, dessen Ersatz beantragt wird, auf den Dreijahreszeitraum zwischen der Entscheidung Airtours und dem Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) zu begrenzen. Mit Schreiben vom 17. Februar 2006 hat die Kommission zu diesem zweiten Antrag Stellung genommen.

18 Die Kommission hat der Klägerin zugleich mit Entscheidungen vom 5. September und 12. Oktober 2005 den nach der Verordnung Nr. 1049/2001 beantragten Zugang zu bestimmten vorbereitenden Schriftstücken für die Entscheidung Airtours sowie zu Schriftstücken verweigert, die von den Dienststellen der Kommission nach der Nichtigerklärung dieser Entscheidung durch das Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) verfasst worden waren. Die Klägerin hat eine Nichtigkeitsklage gegen diese Entscheidungen erhoben (Rechtssache T-403/05, MyTravel Group/Kommission).

19 Auf Bericht des Berichterstatters hat das Gericht (Dritte erweiterte Kammer) beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen, und die Parteien wurden im Rahmen prozessleitender Maßnahmen zur Beantwortung einer Reihe von Fragen aufgefordert.

20 Mit Schreiben der Bundesrepublik Deutschland vom 25. Februar 2008 sowie mit Schreiben der Klägerin und der Kommission vom 14. März 2008 haben die Beteiligten die Fragen des Gerichts beantwortet.

21 Die Parteien haben in den Sitzungen vom 29. April und 20. Mai 2008 mündlich verhandelt und die Fragen des Gerichts beantwortet.

22 Das Gericht hat in der Sitzung vom 29. April 2008 gemäß Art. 65 Buchst. b und Art. 67 § 3 Abs. 3 der Verfahrensordnung angeordnet, dass die Kommission alle in ihrem Besitz befindlichen und die Bewertung der am 15. September 1999 unterbreiteten Verpflichtungszusagen betreffenden Schriftstücke vorlegt, die zwischen diesem Zeitpunkt und dem des Erlasses der Entscheidung Airtours, nämlich dem 22. September 1999, verfasst worden sind.

23 Die Kommission ist dieser Aufforderung nachgekommen, indem sie in der Sitzung vom 29. April 2008 zwei Schriftstücke und danach mehrere andere Schriftstücke vorgelegt hat.

24 Die Klägerin hat innerhalb der vom Gericht festgelegten Frist zu den verschiedenen Schriftstücken Stellung genommen, die die Kommission auf Anordnung des Gerichts vorgelegt hat.

25 Die Klägerin hat zunächst beantragt, die Gemeinschaft zur Zahlung von 517 900 000 Pfund Sterling (GBP) als Ersatz für folgende Schäden zu verurteilen: Verlust des Gewinns von First Choice, Synergieverlust und Kosten des entgangenen Angebots abzüglich der Kosten des erfolgreichen Angebots.

26 Dieser Antrag ist im Verfahren vor dem Gericht insbesondere aufgrund der Umstände geändert worden, die in der Erwiderung auf die Klagebeantwortung, im Schreiben an das Gericht vom 9. Januar 2006 (siehe oben, Randnr. 17) und in der Sitzung vom 20. Mai 2008 in Gegenwart der von der Klägerin und der Kommission bestellten Sachverständigen dargelegt worden sind.

27 Die Klägerin beantragt nunmehr,

— die Gemeinschaft zur Zahlung eines vom Gericht in Ausübung seiner Befugnis zur Bewertung der Angaben der Parteien festgesetzten Betrags als Ersatz des Schadens zu verurteilen, den sie in der Zeit vom Erlass der Entscheidung Airtours (22. September 1999) bis zu dem Zeitpunkt erlitten habe, zu dem sie nach dem Urteil Airtours grundsätzlich First Choice hätte erwerben können (geschätzter Zeitpunkt: 31. Oktober 2002);

— für diesen Betrag mit Wirkung vom Erlass des Urteils über den Schadensersatzanspruch in der vorliegenden Rechtssache die Zahlung von Zinsen in Höhe von jährlich 8 % oder in einer vom Gericht nach seinem Ermessen festgesetzten Höhe anzuordnen;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

28 Die Kommission, unterstützt durch die Bundesrepublik Deutschland, beantragt,

— die Klage abzuweisen;

— der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Gründe

A — *Vorbemerkungen zu den Voraussetzungen für die Begründung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft*

29 Vorab sind die Argumente der Parteien bezüglich der Voraussetzungen für die Begründung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft zu prüfen, und zwar insbesondere hinsichtlich der Voraussetzung des rechtswidrigen Verhaltens der Gemeinschaftsorgane, die einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Rechtsnorm erfordert, durch die dem Einzelnen Rechte verliehen werden sollen, sowie hinsichtlich des Bestehens einer behaupteten Symmetrie zwischen einer Nichtigkeitsklage und einer Klage aus außervertraglicher Haftung.

1. *Allgemeine Argumentation der Parteien*

30 Unstreitig zwischen den Parteien ist die Definition der Voraussetzungen für die Begründung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft nach dem Urteil des Gerichtshofs vom 4. Juli 2000, Bergaderm und Goupil/Kommission (C-352/98 P, Slg. 2000, I-5291, im Folgenden: Urteil Bergaderm), dagegen streiten sie über die Frage, welche Bedeutung der Voraussetzung der Feststellung eines „rechtswidrigen Verhaltens" angesichts eines Nichtigkeitsurteils sowie den vom Gericht im Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) festgestellten Mängeln im Rahmen der vorliegenden Rechtssache zukommt.

a) Zum Begriff des hinreichend qualifizierten Verstoßes

31 Die Klägerin führt in erster Linie aus, der hinreichend qualifizierte Verstoß gegen eine Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleihen solle, als Voraussetzung für die Begründung der außervertraglichen Haftung sei dem in einem Nichtigkeitsurteil festgestellten offensichtlichen Beurteilungsfehler gleichzusetzen. Insoweit habe das Gericht der Ermessensbefugnis der Kommission gebührend Rechnung getragen, als es beschlossen habe, die Entscheidung Airtours wegen der von der Kommission begangenen Fehler für nichtig zu erklären, was an sich bereits genüge, um das Vorliegen eines rechtswidrigen Verhaltens nach Art. 288 EG festzustellen.

32 Die Kommission, unterstützt durch die Bundesrepublik Deutschland, weist diese Argumentation zurück, die von einer Symmetrie zwischen einer Nichtigkeitsklage und einer Klage aus außervertraglicher Haftung ausgehe, und bemerkt hierzu, dass ein Nichtigkeitsurteil nicht genüge, um einen hinreichend qualifizierten Verstoß im Sinne des Urteils Bergaderm (oben in Randnr. 30 angeführt) festzustellen.

b) Zum Begriff der Rechtsnorm, durch die dem Einzelnen Rechte verliehen werden sollen

33 Zur Begründung eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen eine Rechtsnorm, durch die dem Einzelnen Rechte verliehen werden sollen, im Sinne des Urteils Bergaderm (oben in Randnr. 30 angeführt), beruft sich die Klägerin in erster Linie auf Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89, worin die Kriterien aufgezeigt würden, nach denen die Kommission einen Zusammenschluss für vereinbar oder nicht vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären habe. Diese Bestimmung verleihe dem Einzelnen Rechte im Sinne des Urteils Bergaderm (oben in Randnr. 30 angeführt), da die darauf beruhenden Entscheidungen nach Art. 8 der Verordnung Nr. 4064/89 den angemeldeten Zusammenschluss beträfen. Das Unternehmen, das den betreffenden Zusammenschluss anmelde, könne diesen nämlich ohne Vereinbarkeitsentscheidung der Kommission nicht vollziehen, was seine Unternehmensfreiheit beeinträchtige. Die Verordnung Nr. 4064/89 sei im Zusammenhang mit dem EG-Vertrag zu sehen, der auf der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung beruhe und die Integration im Gemeinsamen Markt fördern solle. Zudem müsse die Kommission im Einklang mit dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung und der Sorgfaltspflicht handeln, die dem Einzelnen Rechte verliehen.

34 Die Kommission gibt zu bedenken, dass Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 nicht als solcher eine Rechtsnorm zum Schutz des Einzelnen, sondern eine Vorschrift mit Kriterien darstelle, nach denen ein Zusammenschluss im Interesse des Verbrauchers für vereinbar oder unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären sei. Rechtsnormen zum Schutz des Einzelnen seien diejenigen, die — wie z. B. die Sorgfaltspflicht — das Verhalten der Kommission bestimmten, wenn sie Vorschriften wie Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 anwende.

2. *Würdigung durch das Gericht*

35 Wie aus einer ständigen Rechtsprechung hervorgeht, hängt die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft im Sinne von Art. 288 Abs. 2 EG für ein rechtswidriges Verhalten ihrer Organe davon ab, dass mehrere Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich

die Rechtswidrigkeit des dem Organ vorgeworfenen Verhaltens, das tatsächliche Vorliegen eines Schadens und das Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen diesem Verhalten und dem geltend gemachten Schaden (Urteil des Gerichtshofs vom 29. September 1982, Oleifici Mediterranei/EWG, 26/81, Slg. 1982, 3057, Randnr. 16, und Urteil des Gerichts vom 14. Dezember 2005, Beamglow/Parlament u. a., T-383/00, Slg. 2005, II-5459, Randnr. 95).

36 Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Schadensersatzforderung zurückzuweisen, ohne dass die beiden anderen Voraussetzungen geprüft zu werden brauchen (Urteil des Gerichtshofs vom 15. September 1994, KYDEP/Rat und Kommission, C-146/91, Slg. 1994, I-4199, Randnr. 81, und Urteil des Gerichts vom 20. Februar 2002, Förde-Reederei/Rat und Kommission, T-170/00, Slg. 2002, II-515, Randnr. 37).

a) Zum Begriff des hinreichend qualifizierten Verstoßes

37 Wird, wie im vorliegenden Fall, die Rechtswidrigkeit eines Rechtsakts als Grundlage für den Entschädigungsanspruch herangezogen, so muss diese Rechtswidrigkeit als Voraussetzung für die Begründung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft auf einem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Rechtsnorm beruhen, mit der dem Einzelnen Rechte verliehen werden sollen. Das entscheidende Kriterium ist hierbei, dass ein Gemeinschaftsorgan die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat (Urteile des Gerichtshofs Bergaderm, oben in Randnr. 30 angeführt, Randnrn. 42 und 43, und vom 19. April 2007, Holcim [Deutschland]/Kommission, C-282/05 P, Slg. 2007, I-2941, Randnr. 47).

38 Das System, das der Gerichtshof zur außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft entwickelt hat, trägt u. a. der Komplexität der zu regelnden Sachverhalte, den Schwierigkeiten bei der Anwendung oder Auslegung der Vorschriften und insbesondere dem Ermessensspielraum, über den der Urheber des betreffenden Aktes verfügt,

Rechnung (Urteile Bergaderm, oben in Randnr. 30 angeführt, Randnr. 40, und Holcim [Deutschland]/Kommission, oben in Randnr. 37 angeführt, Randnr. 50).

39 Wenn das betreffende Organ nur über einen erheblich verringerten oder gar auf null reduzierten Gestaltungsspielraum verfügt, kann die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts ausreichen, um einen hinreichend qualifizierten Verstoß anzunehmen (Urteile Bergaderm, oben in Randnr. 30 angeführt, Randnr. 44, und Holcim [Deutschland]/Kommission, oben in Randnr. 37 angeführt, Randnr. 47). Gleiches gilt, wenn das beklagte Organ die betreffenden materiellen oder verfahrensrechtlichen Vorschriften missbräuchlich anwendet (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 14. Juli 1967, Kampffmeyer u. a./Kommission, 5/66, 7/66 und 13/66 bis 24/66, Slg. 1967, Randnrn. 332, 353 und 354).

40 Auf eine vom Gericht beschlossene prozessleitende Maßnahme hin, mit der die Parteien aufgefordert worden waren, sich zu den Auswirkungen des Urteils vom 11. Juli 2007, Schneider Electric/Kommission (T-351/03, Slg. 2007, II-2237, mit Rechtsmittel angefochten, C-440/07 P, Kommission/Schneider Electric), auf die vorliegende Rechtssache, insbesondere im Hinblick auf die im Urteil Bergaderm (oben in Randnr. 30 angeführt) aufgestellten Grundsätze, zu äußern, haben diese festgestellt, dass nach der Rechtsprechung der Begriff des hinreichend qualifizierten Verstoßes nicht die Irrtümer und Fehler erfasse, die, auch wenn sie ein gewisses Gewicht hätten, nicht außerhalb des üblichen Verhaltens eines Organs lägen, das damit betraut sei, die Anwendung der — komplexen, schwierigen und Raum für eine weite Auslegung lassenden — Wettbewerbsvorschriften zu überwachen.

41 In der Sitzung vom 29. April 2008 hierzu befragt hat die Klägerin zudem erklärt, dass die Tatsache der Nichtigerklärung der Entscheidung Airtours durch das Gericht — in der Erwägung, dass die in dieser Entscheidung dargestellte Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung der Wettbewerbssituation nicht auf eindeutige Beweise gestützt ist und hinsichtlich von Faktoren, die für die Beurteilung einer etwaigen Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung wichtig sind, eine Reihe von Beurteilungsfehlern aufweist — als solche nicht ausreiche, um die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft zu begründen, da nach der Rechtsprechung über Schadensersatzklagen weitere Kriterien erforderlich seien.

42 Andernfalls, wenn also die Nichtigerklärung im Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) ohne nähere Analyse einem hinreichend qualifizierten Verstoß im Sinne des Urteils Bergaderm (oben in Randnr. 30 angeführt) gleichgestellt würde, bestünde nämlich die Gefahr, dass die Kommission die ihr im EG-Vertrag übertragene Aufgabe als Wettbewerbshüterin nicht voll und ganz wahrnehmen könnte, da sich das Risiko, die von den betreffenden Unternehmen behaupteten Schäden erstatten zu müssen, hemmend auf die Fusionskontrolle auswirken könnte.

43 Um einer derartigen Wirkung, die dem Allgemeininteresse der Gemeinschaft zuwiderliefe, Rechnung zu tragen, kann die Verletzung einer Rechtspflicht, die, so bedauerlich sie auch sein mag, mit den objektiven Zwängen erklärt werden kann, denen das Organ und seine Bediensteten bei der Fusionskontrolle unterworfen sind, nicht als ein die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft begründender hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht angesehen werden. Dagegen besteht ein Anspruch auf Ersatz von Schäden, die sich aus einem Verhalten des Organs ergeben, wenn dieses Verhalten in einem Rechtsakt Ausdruck findet, der offenkundig der Rechtsvorschrift widerspricht und die Interessen Dritter schwerwiegend beeinträchtigt und der mit den besonderen Zwängen, denen die Dienststelle im normalen Dienstbetrieb objektiv unterliegt, weder gerechtfertigt noch erklärt werden kann.

b) Zum Begriff der Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleihen soll

44 Zur Begründung ihres Entschädigungsanspruchs beruft sich die Klägerin an erster Stelle auf einen Verstoß gegen die von der Kommission in der Entscheidung Airtours angewandten materiellen Vorschriften.

45 Hierbei handelt es sich um einen um Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 4064/89, der wie folgt lautet: „Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.“ Ist dieses Kriterium gegeben, muss die Kommission

somit eine Entscheidung nach Art. 8 Abs. 3 der Verordnung Nr. 4064/89 erlassen, mit der ein derartiger Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.

46 Zum anderen handelt es sich um Art. 2 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89, der wie folgt lautet: „Zusammenschlüsse, die keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, sind für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären." Liegt dieses Kriterium vor, muss die Kommission demnach eine Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 erlassen, mit der ein derartiger Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird. Diese Entscheidung kann gegebenenfalls mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind.

47 Ebenso wie Art. 2 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89, der den Fall einer Genehmigungsentscheidung betrifft, beruht Abs. 3 dieses Artikels, der den Fall einer Verbotsentscheidung betrifft, auf der Auslegung von Art. 2 Abs. 1 dieser Verordnung, der die Umstände darlegt, die die Kommission konkret zu berücksichtigen hat, um zu beurteilen, ob ein Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar oder unvereinbar ist.

48 Im Ganzen betrachtet sollen diese Bestimmungen dem Einzelnen insofern Rechte verleihen, als die Kommission, wenn sie nach der Verordnung Nr. 4064/89 mit einem Zusammenschluss befasst ist, grundsätzlich entweder im Sinne einer Genehmigung des Zusammenschlusses oder im Sinne seiner Untersagung Stellung nehmen muss, und zwar je nachdem, welche wirtschaftliche Entwicklung des Zusammenschlusses sie für die wahrscheinlichste hält. So hat ein Unternehmen, das einen Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung angemeldet hat, bei Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 Anspruch darauf, dass dieser Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird. Dieses

Unternehmen kann den Zusammenschluss indessen nicht ohne eine Genehmigung durch die Kommission vollziehen (siehe Art. 7 Abs. 1 der Verordnung Nr. 4064/89), und eine Verbotsentscheidung nach Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 4064/89 hat schwerwiegende Folgen. Ein derartiger Eingriff der Gemeinschaft in das Geschäftsleben, der es erforderlich macht, dass ein Unternehmen eine Genehmigung erwirkt, bevor es den geplanten Zusammenschluss vollzieht, und der die Kommission verpflichtet, den Vollzug dieses Zusammenschlusses zu untersagen, wenn er mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, bedingt notwendigerweise, dass Unternehmen, denen eine Genehmigung verweigert wird, eine Entschädigung für die nachteiligen Folgen einer solchen Entscheidung verlangen können, wenn sich herausstellt, dass diese Entscheidung auf einem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen die materiellen Vorschriften beruht, die die Kommission anwendet, um die Vereinbarkeit des betreffenden Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt zu beurteilen.

49 An zweiter Stelle beruft sich die Klägerin auf die Sorgfaltspflicht, um ein rechtswidriges Verhalten der Kommission nachzuweisen. Hierzu genügt der Hinweis, dass die Feststellung eines Fehlers, den eine durchschnittlich umsichtige und sorgfältige Verwaltung unter ähnlichen Umständen nicht begangen hätte, den Schluss zulässt, dass das Verhalten des Organs einen Rechtsverstoß darstellt, der geeignet ist, die Haftung der Gemeinschaft nach Art. 288 EG auszulösen (Urteile des Gerichts vom 12. Juli 2001 Comafrica und Dole Fresh Fruit Europe/Kommission, T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 und T-225/99, Slg. 2001, II-1975, Randnr. 134, und vom 17. März 2005, Agraz u. a./Kommission, T-285/03, Slg. 2005, II-1063, Randnr. 40, auf Rechtsmittel bestätigt mit Urteil des Gerichtshofs vom 9. November 2006, Agraz u. a./Kommission, C-243/05 P, Slg. 2006, I-10833). Dieser Schutzcharakter des Sorgfaltsprinzips gegenüber dem Einzelnen, der das zuständige Organ, wenn es über ein Ermessen verfügt, verpflichtet, sorgfältig und unparteiisch alle relevanten Gesichtspunkte des Einzelfalls zu untersuchen, ist von der Rechtsprechung auch bei Schadensersatzklagen anerkannt worden (Urteil des Gerichtshofs vom 21. November 1991, Technische Universität München, C-269/90, Slg. 1991, I-5469, Randnr. 14, sowie Urteil des Gerichts vom 18. September 1995, Nölle/Rat und Kommission, T-167/94, Slg. 1995, II-2589, Randnrn. 73 bis 76, Beschluss des Gerichts vom 14. Dezember 2005, Arizona Chemicals u. a./Kommission, T-369/03, Slg. 2005, II-5839, Randnr. 88, und Urteil Agraz u. a./Kommission, siehe oben, Randnr. 49; vgl. auch Urteil des Gerichts vom 9. Juli 1999, New Europe Consulting und Brown/Kommission, T-231/97, Slg. 1999, II-2403, Randnrn. 37 bis 45, das sich auf den Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung bezieht).

50 Somit werden mit Art. 2 Abs. 3 der Verordnung Nr. 4064/89 in Verbindung mit den Abs. 1 und 2 dieser Bestimmung und Art. 8 Abs. 2 und 3 der genannten Verordnung sowie mit der Sorgfaltspflicht Rechtsnormen aufgestellt, die den Unternehmen, die von einer Entscheidung betroffen sind, mit der der Vollzug eines Zusammenschlusses untersagt wird, Rechte verleihen sollen.

51 Anhand dieser Grundsätze ist zu prüfen, ob der Rechtsverstoß in der Entscheidung Airtours, die mit dem Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) für nichtig erklärt wurde, die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft wegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen materielle und verfahrensrechtliche Rechtsnormen begründen kann, auf die sich ein Unternehmen berufen kann, das die Genehmigung des von ihm geplanten Zusammenschlusses beantragt. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen dem Vorbringen zum Bestehen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes im Stadium der von der Kommission vorgenommenen Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb und dem Vorbringen zum Bestehen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes im Stadium der Untersuchung der im Verwaltungsverfahren vorgeschlagenen Verpflichtungen.

B — *Zum Bestehen eines „hinreichend qualifizierten Verstoßes" im Stadium der von der Kommission vorgenommenen Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses Airtours/First Choice auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt*

1. *Vorbringen der Parteien*

52 Die Klägerin trägt vor, das rechtswidrige Verhalten, das die auf das Urteil Bergaderm zurückgehende Rechtsprechung fordere, ergebe sich aus dem Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt), das erkennen lasse, inwieweit das Verhalten der Kommission einem hinreichend qualifizierten Verstoß entspreche. Mit dem Erlass der Entscheidung Airtours habe die Kommission einen Verstoß begangen, der hinreichend qualifiziert sei, um die Haftung der Gemeinschaft nach Art. 288 Abs. 2 EG wegen offenkundiger und erheblicher Missachtung der Grenzen ihrer Ermessensbefugnis aus Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 und der allgemeinen Sorgfaltspflicht auszulösen. Diese beiden unterschiedlichen Grundlagen seien unlösbar miteinander verbunden und

kämen in der alleinigen Frage zum Ausdruck, ob die Kommission bei der Beurteilung der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses Airtours/First Choice mit dem Gemeinsamen Markt ihre Aufgabe und ihre Verpflichtungen als Wettbewerbsbehörde rechtlich hinreichend erfüllt habe.

53 Hierbei unterscheidet die Klägerin zwischen zwei Arten von Mängeln bei den Überlegungen zur Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses. Zum einen habe es der Kommission an der nötigen Kompetenz für die Fusionskontrolle gefehlt, die zumindest die Kenntnis des geltenden Rechts und das Erkennen ausreichender Anhaltspunkte voraussetze, um die Wettbewerbssituation zu verstehen und eine kollektive beherrschende Stellung zu erfassen. Die Klägerin bezeichnet die hierbei von der Kommission begangenen Verstöße als Mängel der ersten Stufe (siehe nachstehende Randnrn. 54 bis 71). Zum anderen führt die Klägerin aus, diese Unzulänglichkeiten seien durch zahlreiche Mängel der zweiten Stufe verschlimmert und erhärtet worden, die darauf beruhten, dass die Kommission die erbrachten Beweise nicht berücksichtigt und die Entscheidung Airtours nicht hinreichend begründet habe. Diese Mängel der zweiten Stufe zeigten bereits allein oder auch in Verbindung mit den Mängeln der ersten Stufe, dass die Kommission bei der Prüfung der relevanten Beweise offensichtlich inkompetent gewesen sei und dass sie diese Beweise missachtet habe, weil sie der von ihr entwickelten Theorie entgegengestanden hätten (siehe nachstehende Randnrn. 72 und 73).

a) Zur Verpflichtung, den begrenzten Anwendungsbereich des Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 zu beachten

54 Zum anwendbaren Recht erklärt die Klägerin, sie habe mit ihrer Nichtigkeitsklage geltend gemacht, dass sich die Entscheidung Airtours zumindest zum Teil auf einseitige Auswirkungen gestützt habe, wodurch Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 fehlerhaft ausgelegt und der Ermessensspielraum der Kommission bei der Anwendung dieser Bestimmung offensichtlich überschritten worden sei.

55 Die Kommission bemerkt, dass die Entscheidung Airtours auf der Beurteilung einer kollektiven beherrschenden Stellung und nicht auf der Theorie der einseitigen Auswirkungen beruht habe. Bei der vorliegenden Schadensersatzklage komme es nicht darauf an, ob die Theorie der einseitigen Auswirkungen im Rahmen des Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 Anwendung finden könne.

b) Zur Verpflichtung, die Marktsituation ohne Zusammenschluss zu definieren

56 Zur sachbezogenen Prüfung der Fusionsauswirkungen auf den Wettbewerb erklärt die Klägerin, die Kommission habe ihre Ermessensbefugnis in schwerwiegender Weise überschritten, indem sie nicht aufgezeigt habe, wie sich die Wettbewerbssituation vor der Durchführung des beabsichtigten Zusammenschlusses darstelle, was indessen als Ausgangspunkt für die Prüfung der Fusionsauswirkungen auf den Wettbewerb anzusehen sei (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 84). Dies habe die gesamte Entscheidung Airtours fehlerhaft gemacht (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 75). Die Kommission habe somit geltend machen wollen, dass die Entwicklungen des Marktes in den 18 Monaten nach Herausgabe des Berichts der Monopolies and Mergers Commission, einer der Wettbewerbsbehörden im Vereinigten Königreich, den Ergebnissen dieses Berichts, wonach der Markt Ende 1997 voll wettbewerbsfähig gewesen sei, die Grundlage entziehen würden (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnrn. 96 bis 108).

57 Die Kommission führt aus, sie habe die Veränderungen des Reiseveranstaltermarkts im Vereinigten Königreich zwischen 1997, als der Bericht der Monopolies and Mergers Commission erschienen sei, und 1999, als der Zusammenschluss angemeldet worden sei, geprüft. Sie sei zu dem Schluss gelangt, dass das Fusionsniveau stark zugenommen habe, wobei sie sich auf von betroffenen Dritten gelieferte Beweise gestützt habe, und dies habe ihre Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses beeinflusst. In der Entscheidung Airtours habe sie jedoch bedacht, dass es vor dem Zusammenschluss keine beherrschende Stellung gegeben habe (wie das Gericht festgestellt habe — vgl. Randnr. 88 des oben in Randnr. 11 angeführten Urteils Airtours —, obgleich es in Randnr. 75 dieses Urteils den „besonders knappen“ Charakter ihrer Beschreibung bemängelt habe). Es sei also die Begründung einer derartigen Stellung und nicht deren Verstärkung aufzuzeigen gewesen. Somit habe niemand bezweifelt, dass es erforderlich

sei, die Marktsituation ohne Zusammenschluss zu ermitteln. Es habe sich nur die Frage gestellt, ob bereits eine Tendenz zur kollektiven Beherrschung bestanden habe, so dass der Zusammenschluss die Gefahr mit sich bringe, ein labiles Gleichgewicht zu zerstören und folglich den wirksamen Wettbewerb erheblich zu beschränken. Die Kommission habe daher keinen Fehler begangen, indem sie nicht die Marktsituation erfasst habe, sondern nur davon ausgegangen sei, dass im Ganzen betrachtete Aspekte der bestehenden Marktsituation (nämlich die in den Erwägungsgründen 87 bis 126 der Entscheidung Airtours dargelegten Marktmerkmale) die Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung nach dem Zusammenschluss fördern könnten.

c) Zur Verpflichtung, die Voraussetzungen einer stillschweigenden Kollusion festzustellen

58 Die Klägerin trägt vor, die Kommission habe für den Nachweis der Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung prüfen müssen, ob die drei in Randnr. 62 des Urteils Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) genannten Voraussetzungen erfüllt seien, wobei es sich um Folgendes handele: Erstens müsse jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols feststellen können, ob die anderen Mitglieder einheitlich vorgingen oder nicht, was eine hinreichende Markttransparenz voraussetze, zweitens müsse eine derartige stillschweigende Koordinierung auf Dauer erfolgen können, d. h., es müsse einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen abzuweichen, und drittens dürfe die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Wettbewerber und Verbraucher dieses gemeinsame Vorgehen nicht in Frage stellen können. Mehrere Faktoren, die die Kommission in der Entscheidung Airtours herangezogen habe, um das Vorliegen dieser Voraussetzungen darzutun, beruhten jedoch auf einer fehlerhaften Beurteilung des Sachverhalts.

59 Die Kommission erklärt, sie habe die verschiedenen von der Klägerin genannten Voraussetzungen herangezogen, was aus dem 87. Erwägungsgrund der Entscheidung Airtours hervorgehe, in dem die betreffenden Merkmale aufgezählt würden. Ihre Kenntnis der Voraussetzungen, die erforderlich seien, um das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung festzustellen, stehe hier also nicht in Frage.

Zur Unbeständigkeit der Marktanteile

60 Die Klägerin weist darauf hin, dass die Fluktuation der Marktanteile ein relevanter Faktor für die Beurteilung durch die Kommission sei (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 111). Die Schwierigkeit liege im vorliegenden Fall darin, dass die Marktanteile der verschiedenen Marktbeteiligten bisher sehr unbeständig gewesen seien, was bedeuten könne, dass dieser Markt nicht kollektiv beherrscht worden sei. Dieser Umstand sei indessen in der Entscheidung Airtours nicht berücksichtigt worden, da die Kommission wohl der Meinung sei, dass er nicht zu ihrer These passe.

61 Die Kommission macht geltend, dass die große Unbeständigkeit der Marktanteile auf Übernahmen durch bestimmte Marktbeteiligte beruhe. Die Marktanteile seien hingegen sehr stabil, wenn man diese Übernahmen ausklammere. Die Kommission sei in der Entscheidung Airtours davon ausgegangen, dass der Umfang des internen Wachstums der beste Anhaltspunkt sei, um zu beurteilen, inwieweit ein Anreiz für ein oligopolistisches Parallelverhalten gegeben sei, da ein solches Verhalten wahrscheinlicher werde, wenn geringe Chancen bestünden, den Marktanteil durch Kapazitätszuwachs zu erhöhen. Das Gericht habe diese Analyse nicht berücksichtigt, da die Kommission seines Erachtens nicht dargetan habe, weshalb die Möglichkeit eines Wettbewerbs durch Übernahmen nicht relevant sei. Dies bedeute jedoch nicht, dass diese Analyse auf einer offensichtlichen Verkennung der Beweise im Verwaltungsverfahren beruhe, da einige dieser Beweise zeigten, dass die Übernahmeaussichten nach 1998 begrenzt gewesen seien.

Zur Unbeständigkeit der Nachfrage

62 Die Klägerin betont, dass eine stabile Nachfrage die Begründung einer beherrschenden Stellung begünstige (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 139). Dies werde jedoch im 97. Erwägungsgrund der Entscheidung Airtours verkannt, in dem die Kommission erkläre, dass die Unbeständigkeit der Nachfrage den Markt für die Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung anfälliger mache. Erst im

Verlauf der Erörterung im Rahmen der Nichtigkeitsklage habe die Kommission eingestanden, dass der Wirtschaftstheorie die Bedeutung zukomme, die ihr das Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) verleihe, wobei sie erfolglos versucht habe, ihre These zu verteidigen, indem sie auf die Rechtssache bezogene Umstände vorgetragen habe. Dies sei kein korrektes Verhalten. Wenn die Bedeutung der Wirtschaftstheorie nicht zur Sichtweite der Kommission in der Entscheidung Airtours gepasst habe, sei diese verpflichtet gewesen, dort zur Stützung ihrer Ansicht eine kohärente Auffassung zu vertreten, die auf einer vertretbaren Wirtschaftstheorie beruhe.

63 Die Kommission führt aus, sie habe im Verwaltungsverfahren den von der Klägerin vorgelegten Bericht Binmore über die Bedeutung geprüft, die der Unbeständigkeit der Nachfrage zukomme. Sie habe die Klägerin sogar um zusätzliche Erläuterungen zu diesem Bericht gebeten. Die Kommission habe den genannten Bericht somit nicht außer Acht gelassen, wobei sie jedoch bemerkt, der Bericht habe keine Angaben über den in Rede stehenden Markt enthalten und sei im Wesentlichen auf die Möglichkeit einer Preis- und nicht einer Kapazitätskoordinierung eingegangen. In diesem Bericht sei sogar anerkannt worden, dass eine Kapazitätskoordinierung möglich sei, es sei darin jedoch bezweifelt worden, dass man die Reiseveranstalter tatsächlich vom Mogeln abhalten könne.

Zum geringen Nachfragewachstum

64 Die Klägerin führt aus, dass eine schwache Nachfrage eine stillschweigende Kollusion fördere. Sie habe jedoch im Verwaltungsverfahren dargelegt, dass die Nachfrage in der Vergangenheit schneller gewachsen sei als das Bruttoinlandsprodukt im Vereinigten Königreich, dass die Nachfrage trotz eines kurzen Einbruchs in den Jahren 1995 und 1996 nach dem wichtigsten Branchenbericht erneut gewachsen sei und dass von einem weiteren Wachstum in den beiden Folgejahren auszugehen sei. Die Kommission habe dies indessen nicht berücksichtigt. Wie die Erörterung vor dem Gericht erkennen lasse, habe es die Kommission vorgezogen, sich auf einen undatierten und unzusammenhängenden Auszug einer Seite eines Berichts von Ogilvy & Mather zu stützen, dessen gesamten Inhalt sie nie gesehen oder geprüft habe. Diese Unterlage habe sie vom Zielunternehmen First Choice erhalten, das den Zusammenschluss ablehne. Die

genannte Unterlage, die die Kommission selektiv und ungenau angeführt habe, sei der Klägerin im Verwaltungsverfahren nie zur Stellungnahme zugeleitet worden und werde durch andere der Kommission übermittelte Angaben widerlegt. Es handele sich hier um ein flagrantes Beispiel offenkundiger Missachtung der allgemeinen Sorgfaltspflicht.

65 Die Kommission erklärt, es gehe hier um die Frage, ob die Nachfrage stark genug gestiegen sei, um ein Parallelverhalten nach dem Zusammenschluss auszuschließen. Bei der Beurteilung dieses Aspekts der Sache Airtours habe sie die wichtigsten Marktbeteiligten um deren Bewertung des vergangenen und künftigen Wachstums der Nachfrage gebeten, und in diesem Zusammenhang werde ihr vorgeworfen, den Bericht von Ogilvy & Mather nicht richtig wiedergegeben zu haben. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die in diesem Bericht genannte Wachstumsrate des betreffenden Marktes 3,7 % betragen habe, während sich die von der Klägerin anhand der Statistik der British National Travel Survey (BNTS) angegebene Wachstumsrate auf 3,4 % belaufen habe. Diese Debatte sei umso unverständlicher, als die Zahlen von Ogilvy & Mather auf der Statistik des BNTS beruhen sollten. Es bestehe daher kein echter Beweiskonflikt. Jedenfalls setze sich die Klägerin nicht mit der Frage des voraussichtlichen Nachfragewachstums auseinander. Die Kommission könne sich hierbei auf die Ausführungen der Klägerin im Verwaltungsverfahren berufen, wonach die jährliche Wachstumsrate der Nachfrage im Zeitraum 2000–2002 auf etwa 3,3 % geschätzt worden sei.

Zur Markttransparenz

66 Die Klägerin betont, dass die Markttransparenz ein wesentlicher Faktor für die Beurteilung einer kollektiven beherrschenden Stellung sei, da es für die Wirtschaftsteilnehmer bei fehlender Transparenz schwieriger sei, stillschweigende Absprachen zu treffen und diejenigen zu erkennen und zu bestrafen, die solche Absprachen nicht einhielten (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnrn. 156 und 159). Die Schwierigkeit für die Kommission habe im vorliegenden Fall in der praktisch unbegrenzten Vielfalt des Reiseangebots bestanden. Eine derartige Angebotsheterogenität erschwere eine stillschweigende Kollusion erheblich. Angesichts dieser

Schwierigkeit bei der Durchsetzung ihrer These einer stillschweigenden Koordinierung habe die Kommission einfach beschlossen, dies nicht zu berücksichtigen. Sie habe es schlichtweg vorgezogen, zu behaupten, dass die Mitglieder des Oligopols die Reisekapazität und nicht den Preis koordinierten und dass „man lediglich in der Lage sein [müsse], das Gesamtreiseangebot [(Anzahl der Aufenthalte)] der einzelnen integrierten Reiseunternehmen zu überwachen" (91. Erwägungsgrund der Entscheidung Airtours). Sie habe auch behauptet, dass der Markt transparent sei, da die Planung für eine kommende Reisesaison auf den in der vorangegangenen Saison erzielten Absatzzahlen beruhe. Damit habe die Kommission die im Verwaltungsverfahren erbrachten Beweise missachtet. Zudem verfälsche die Kommission die Analyse des Gerichts im Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt), indem sie erkläre, sie habe eine Vielzahl von Informationen bewerten müssen, um sich ein Urteil in dieser Frage zu bilden. Darin habe indessen nicht die eigentliche Schwierigkeit gelegen. Die Kommission habe es nämlich einfach abgelehnt, sich mit dem konkreten Punkt der Produktheterogenität und der komplexen Natur der mit der Angebotsorganisation verbundenen Arbeit zu befassen oder selbst die Arbeit zu leisten, die das Gericht übernommen habe, obwohl dieser Punkt im Zusammenhang mit jeder Sache, die eine kollektive beherrschende Stellung betreffe, von größter Bedeutung sei.

67 Die Kommission entgegnet, daraus, dass das Gericht die Auffassung vertreten habe, eine Schlussfolgerung sei nicht rechtlich hinreichend dargetan worden, könne nicht geschlossen werden, dass sie ihre Verpflichtung, die Beweise sorgfältig zu prüfen, offensichtlich und in schwerwiegender Weise missachtet habe. Zum vorliegenden Fall erklärt die Kommission, wenn sich Reiseveranstalter zu einem Parallelverhalten auf dem gesamten fraglichen Markt entschlössen, müssten sie in der Lage sein, jedes Abweichen von diesem Verhalten auf dem Markt rechtzeitig genug zu erkennen, um die Abweichung zu bestrafen. Die betreffende Transparenz müsste also den Parameter erfassen, auf den sich die Kollusion beziehen könne, nämlich die Gesamtkapazität des Marktes und nicht die Verteilung dieser Kapazität auf die verschiedenen Reiseziele, die die Verbraucher interessierten. Die Kernfrage sei demnach, ob es eine genügende Transparenz gegeben habe, um ungewöhnliche Kapazitätszuwächse rechtzeitig erkennen zu können, so dass die anderen Reiseveranstalter Vergeltungsmassnahmen ergreifen könnten. Hierzu bemerkt die Kommission, sie sei zu dem Schluss gelangt, dass es eine recht große Kontinuität von einer Reisesaison zur nächsten gebe. Die Gesamtkapazität umfasse zwar eine Unzahl von Entscheidungen, diese unterlägen jedoch einer Deckelung durch die voraussichtliche Nachfrage. Da die vorherigen Angebote der anderen Unternehmen bekannt seien, könnten die Reiseveranstalter rasch Veränderungen der laufenden Angebote feststellen. Da die ersten Kataloge

bereits zwölf bis fünfzehn Monate vor den Ferien veröffentlicht würden, seien die Entscheidungen im Bereich des Flugverkehrs und in gewisser Weise auch des Hotelangebots für alle sichtbar gewesen.

Zur Verpflichtung, zu prüfen, ob Abschreckungsmittel vorhanden sind

68 Die Klägerin führt aus, obwohl feststehe, dass Abschreckungsmittel vorhanden sein müssten, um eine kollektive beherrschende Stellung nachweisen zu können (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnrn. 192 und 193), sei der Standpunkt der Kommission in der Entscheidung Airtours widersprüchlich in Bezug auf das Erfordernis eines derartigen Mechanismus (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 191). Das Gericht habe auch die Argumente zurückgewiesen, die die Kommission vorgetragen habe, um die Existenz solcher Mittel geltend zu machen. Nun versuche die Kommission, diese Fehler durch die Behauptung zu erklären, sie beruhten darauf, dass die Beurteilung der Transparenz und der Volatilität der Nachfrage durch das Gericht anders sei als ihre Beurteilung in der Entscheidung Airtours. Eine derartige Erklärung sei unbefriedigend, denn es sei nicht möglich, einen früheren Fehler heranzuziehen, um einen späteren Fehler zu entschuldigen.

69 Die Kommission weist darauf hin, dass die Ausführungen in den Erwägungsgründen 55 und 150 der Entscheidung Airtours zum Erfordernis eines „strengen Sanktionsmechanismus“ die Art eines Mechanismus betroffen hätten, die die Klägerin für erforderlich gehalten habe (im Wesentlichen eine Art, die man im Allgemeinen in einem Kartell und nicht bei einer Oligopolsituation vorfinde). Wenn das Gericht die Feststellungen der Kommission zu den verschiedenen Sanktionsmitteln zurückgewiesen habe (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnrn. 200 bis 207), so bedeutet dies nicht, dass die Kommission die einschlägigen Beweise nicht berücksichtigt habe. Aus den Erwägungsgründen 148 ff. der Entscheidung Airtours gehe nämlich hervor, dass gerade die von der Klägerin vorgetragenen Punkte von der Kommission geprüft worden seien.

Zur Verpflichtung, der Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Wettbewerber und Verbraucher die erforderliche Bedeutung beizumessen

70 Die Klägerin trägt vor, das Gericht habe der Kommission vorgeworfen, die etwaige Reaktion der kleinen Reiseveranstalter und der anderen Wettbewerber sowie der potenziellen Verbraucher auf den Zusammenschluss nicht rechtlich hinreichend geprüft zu haben (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnrn. 213, 266, 273 und 274). Die Kommission habe hierbei die Beweise nicht berücksichtigt, die die Klägerin im Verwaltungsverfahren beigebracht habe.

71 Die Kommission erklärt, nach der Entscheidung Airtours liege das Haupthindernis für die Möglichkeit der kleinen Reiseveranstalter, auf die durch die großen Veranstalter hervorgerufene Angebotsbegrenzung zu reagieren, im Zugang zu den Sitzplätzen auf Flügen. Das Gericht habe jedoch die Auffassung vertreten, es gebe eine Reihe von Möglichkeiten für ein Sitzplatzangebot an die kleinen Reiseveranstalter zu zufriedenstellenden Bedingungen. Es handele sich hierbei um eine unterschiedliche Beweiswürdigung und nicht um eine Nichtbeachtung der Beweise durch die Kommission. Dies gelte auch für den Zugang zu den Vertriebswegen. Wenn das Untersuchungsergebnis der Kommission nicht vom Gericht anerkannt worden sei, genüge dies nicht für den Nachweis, dass die Kommission einen Fehler begangen oder die Beweise nicht beachtet habe. In Bezug auf die potenziellen Wettbewerber beruhten die Schlussfolgerungen der Kommission auf den für die kleinen Reiseveranstalter erwähnten Überlegungen im Hinblick auf den Zugang zu den Sitzplätzen auf Flügen und auf die Vertriebswege. Das gleiche gelte für das Argument, das auf einer fehlenden Berücksichtigung der möglichen Reaktion der Verbraucher beruhe, da die Möglichkeit der Verbraucher, Ferienreisen bei den kleinen Veranstaltern zu beziehen, von der Angebotskapazität abhänge. Wenn diese Erwägungen für fehlerhaft gehalten worden seien, bedeute dies jedoch nicht, dass sie unvernünftig gewesen seien.

d) Zur kumulativen Wirkung der Fälle von Nichtberücksichtigung der Beweise und zur nicht hinreichenden Begründung

72 Die Klägerin führt aus, dass die Entscheidung Airtours eine Reihe von Verstößen der zweiten Stufe erkennen lasse, durch die die vorgenannten Verstöße verschlimmert und erhärtet würden. Eine Reihe von Fehlern könne zusammengenommen die Haftung der Gemeinschaft nach Art. 288 Abs. 2 EG auslösen (Urteil des Gerichts vom 28. November 2002, Scan Office Design/Kommission, T-40/01, Slg. 2002, II-5043, Randnr. 107). So habe die Klägerin in Bezug auf jeden Aspekt der Argumentation über eine kollektive beherrschende Stellung Beweise erbracht, die die Kommission nicht berücksichtigt habe. In ungefähr vierzig Fällen habe die Kommission solche Umstände nicht beachtet. Die Kommission könne nicht behaupten, dass ihre Einstellung hierzu nicht unvernünftig gewesen sei. Zudem sei die Kommission der Auffassung, dass die Entscheidung Airtours hinreichend begründet sei, was nicht richtig sei, da sich der dritte Klagegrund der Nichtigkeitsklage nicht nur auf einen Verstoß gegen Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89, sondern auch auf einen Verstoß gegen Art. 253 EG bezogen habe. Darüber hinaus umfasse das Recht auf eine ordnungsgemäße Verwaltung nach Art. 41 der am 7. Dezember 2000 in Nizza verkündeten Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. 2000, C 364, S. 1) für die Verwaltung auch die Verpflichtung, ihre Entscheidungen zu begründen. Die Kommission sei im vorliegenden Fall nicht ihrer Verpflichtung zu einer verlässlichen Beweisführung nachgekommen, aufgrund deren die Entscheidung Airtours zu den Entscheidungen gerechnet werden könnte, die sie unter Berücksichtigung ihres Ermessensspielraums erlassen könne. Es lägen 22 Beispiele einer derartigen unzureichenden Begründung vor.

73 Die Kommission macht geltend, dass die Bevorzugung bestimmter Beweise gegenüber anderen nicht als offensichtliche Missachtung der Beweise im Ganzen oder gar als offensichtliche Missachtung eines jeden dieser Beweise angesehen werden könne. Ein anderer Schluss wäre nur möglich, wenn das Beweisergebnis eindeutig und offenkundig im Widerspruch zu diesen Beweisen stünde. Die Kommission zeigt in einer Anlage ihrer Gegenerwiderung alle Beweise auf, über die sie verfügt habe und die im Verwaltungsverfahren sorgfältig und gewissenhaft geprüft worden seien. Überdies gibt die Kommission zu bedenken, dass ein Verstoß gegen Art. 253 EG nicht zur Haftung des Organs führe, da die Begründungspflicht keine Rechtsnorm darstelle, die den Einzelnen schütze. Zudem enthalte das Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) keine Würdigung, aus der eine Verletzung der Begründungspflicht hervorgehe. Darüber hinaus sei der Bezug auf Art. 41 der Charta der Grundrechte der Europäischen

Union nicht relevant, da in dieser Bestimmung nicht vorgesehen sei, dass eine mangelnde Begründung eine Schadensersatzklage rechtfertige.

2. *Würdigung durch das Gericht*

a) Zum Argument, der begrenzte Anwendungsbereich des Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 müsse beachtet werden

74 Zum Vorbringen der Klägerin, die Kommission habe offenkundig und erheblich die Grenzen ihrer Ermessensbefugnis überschritten, indem sie sich zumindest teilweise auf die Wirtschaftstheorie der sogenannten einseitigen Auswirkungen gestützt habe, um den Zusammenschluss Airtours/First Choice nach Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären, ist vorab — wie es das Gericht in den Randnrn. 49 bis 54 des Urteils Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) getan hat — festzustellen, dass die Kommission bestreitet, dass sie einen neuen Ansatz für diese Bestimmung gewählt habe, und geltend macht, dass sie auf den bereits früher herangezogenen Ansatz zurückgegriffen habe, den das Gericht in seinem Urteil vom 25. März 1999, Gencor/Kommission (T-102/96, Slg. 1999, II-753), bestätigt habe.

75 In Anbetracht dieses Bestreitens durch die Kommission und in Ermangelung hinreichend detaillierter Angaben der Klägerin, aus denen hervorgeht, ob und inwieweit sich dieser behauptete neue Ansatz auch nur im Geringsten auf die von der Kommission vorgenommene Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses Airtours/First Choice auf den Wettbewerb hat auswirken können, ist über den Vorwurf der Verletzung der Verpflichtung, den begrenzten Anwendungsbereich des Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 zu beachten, nicht zu entscheiden.

b) Zu den Argumenten, die Marktsituation ohne Zusammenschluss müsse definiert und die Voraussetzungen einer stillschweigenden Kollusion müssten festgestellt werden

76 Was das Vorbringen der Klägerin angeht, die Kommission habe bei ihrer Analyse des Zusammenschlusses Airtours/First Choice hinsichtlich der Kriterien für die Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung die Grenzen ihres Ermessens offenkundig und in schwerwiegender Weise überschritten, ist in Erinnerung zu rufen, worin eine solche Analyse besteht.

77 Eine kollektive beherrschende Stellung, durch die der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert wird, kann sich aus einem Zusammenschluss ergeben, wenn dieser — aufgrund der Merkmale des relevanten Marktes und indem die Marktstruktur durch den Zusammenschluss geändert wird — dazu führt, dass jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols es in Wahrnehmung der gemeinsamen Interessen für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne zuvor eine Vereinbarung im Sinne von Art. 81 EG treffen oder auf eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne dieser Vorschrift zurückgreifen zu müssen und ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 61).

78 Für die Begründung einer derartigen kollektiven beherrschenden Stellung müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein. Erstens muss jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht. Zweitens muss die stillschweigende Koordinierung auf Dauer erfolgen können, d. h., es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen. Drittens muss die Kommission, um das Vorliegen einer kollektiven beherrschenden Stellung rechtlich hinreichend nachzuweisen, auch dartun, dass die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellt (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 62).

79 Das Gericht hat im Rahmen der Nichtigkeitsklage nach allem festgestellt, dass die Kommission in der Entscheidung Airtours ihre Untersuchung der voraussichtlichen Entwicklung nicht auf eindeutige Beweise gestützt und hinsichtlich von Faktoren, die für die Beurteilung einer etwaigen Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung wichtig sind, eine Reihe von Beurteilungsfehlern begangen hat. Die Kommission hat somit den Zusammenschluss untersagt, ohne rechtlich hinreichend dargetan zu haben, dass er zu einer kollektiven beherrschenden Stellung der daraus hervorgehenden drei großen Reiseveranstalter führen würde, die geeignet wäre, einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich zu behindern (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 294).

80 Auf dem Gebiet der außervertraglichen Haftung kann grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden, dass offensichtliche und schwere Fehler der wirtschaftlichen Analyse, die einer auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 3 der Verordnung Nr. 4064/89 ergangenen Entscheidung zugrunde liegt, mit der ein Zusammenschluss gemäß Art. 2 Abs. 1 und 3 dieser Verordnung für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird, Verstöße darstellen können, die hinreichend qualifiziert sind, um die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft im Sinne der Rechtsprechung auszulösen (siehe oben, Randnrn. 37 bis 43).

81 Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die für die Qualifizierung einer Lage oder eines wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusses erforderlichen wirtschaftlichen Analysen im Allgemeinen sowohl in Bezug auf den Sachverhalt als auch in Bezug auf die aus der Sachverhaltsschilderung entwickelte Argumentation komplexe und schwierige Denkvorgänge sind, in die sich gewisse Unzulänglichkeiten wie Schätzungen, Unstimmigkeiten oder gar gewisse Auslassungen einschleichen können. Dies gilt umso mehr im Rahmen der Fusionskontrolle, vor allem in Anbetracht des Zeitdrucks, dem das Gemeinschaftsorgan unterliegt. Aus Gründen der Rechtssicherheit im Zusammenhang mit dem Erfordernis, dass die Kommission ihre Entscheidung möglichst rasch erlässt, damit die beteiligten Unternehmen ihren Zusammenschluss vollziehen können, sind nämlich für diese Entscheidung kurze und strikte Fristen vorgesehen. Im Fall ernsthafter Bedenken bezüglich der Auswirkungen eines angemeldeten Zusammenschlusses verfügt die Kommission nur über vier Monate für ihre Ermittlungen über diesen Zusammenschluss und für die Einholung der Stellungnahmen aller Betroffenen oder Interessierten.

82 Solche Unzulänglichkeiten bei der wirtschaftlichen Analyse können zumal dann auftreten, wenn, wie im Fall der Fusionskontrolle, die Analyse einen zukunftsorientierten Aspekt umfasst. Die Schwere einer Unzulänglichkeit in der Dokumentation oder der Logik kann unter diesen Voraussetzungen nicht stets einen Umstand darstellen, der ausreicht, um die Haftung der Gemeinschaft auszulösen. Im vorliegenden Fall ist darauf hinzuweisen, dass die Schwierigkeit, die zwingend durch den zukunftsorientierten Aspekt der Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Wettbewerbssituation bedingt war, noch dadurch vergrößert wurde, dass die betreffende Wirtschaftslage besonders komplex war, da die Kommission zu beurteilen hatte, ob eine kollektive beherrschende Stellung oligopolistischer und nicht nur duopolistischer Art auf einem Markt begründet würde, der ein Produkt umfasst, das einen Verkauf im Reisebüro, eine Flugreise und einen Hotelaufenthalt miteinander verbindet, wobei der Wettbewerb eher kapazitäts- als preisbezogen ist.

83 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission, um die Kontrolle über die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft zu behalten, über ein Ermessen verfügt, was bedeutet, dass eine absolut konstante und unveränderliche Praxis bei der Anwendung der einschlägigen Vorschriften von ihr nicht erwartet werden kann und sie dementsprechend einen gewissen Spielraum bei der Wahl der ihr zu Gebote stehenden ökonometrischen Instrumente und bei der Wahl geeigneter Vorgehensweisen für die Untersuchung eines Phänomens hat (vgl. z. B. für die Definition des relevanten Marktes Urteile des Gerichts vom 17. Dezember 2003, British Airways/Kommission, T-219/99, Slg. 2003, II-5917, Randnrn. 89 ff., und vom 17. September 2007, Microsoft/Kommission, T-201/04, Slg. 2007, II-3601, Randnr. 482), sofern die gewählten Mittel nicht offensichtlich gegen die anerkannten wirtschaftswissenschaftlichen Grundsätze verstoßen und folgerichtig durchgeführt werden.

84 Der komplexe Charakter der bei der Fusionskontrolle zu erfassenden Situationen, die Umsetzungsschwierigkeiten in Verbindung mit dem Zeitdruck, unter dem die Verwaltung hierbei steht, sowie der Ermessensspielraum, der der Kommission zuzuerkennen ist, sind bei der Beurteilung der Frage zu berücksichtigen, ob ein hinreichend qualifizierter Verstoß der Kommission bei ihrer Untersuchung der Auswirkungen des Zusammenschlusses Airtours/First Choice auf den Wettbewerb vorliegt.

85 Daher muss das Gericht bei der Prüfung im Rahmen der Schadensersatzklage notwendigerweise die Unwägbarkeiten und Schwierigkeiten bei der Fusionskontrolle im Allgemeinen und bei komplexen Oligopolstrukturen im Besonderen berücksichtigen. In diesem Sinne ist die Ermessensbefugnis der Verwaltung nach der mit dem Urteil Bergaderm (oben in Randnr. 30 angeführt) begründeten Rechtsprechung auszulegen. Diese Aufgabe ist als solche anspruchsvoller als die Prüfung im Rahmen einer Nichtigkeitsklage, bei der das Gericht innerhalb der Grenzen der vom Kläger vorgetragenen Klagegründe nur die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung prüft, um festzustellen, ob die Kommission die verschiedenen Faktoren richtig beurteilt hat, aufgrund deren ein angemeldeter Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt im Sinne des Art. 2 Abs. 1 und 3 der Verordnung Nr. 4064/89 erklärt werden kann. Daher kann entgegen dem Vorbringen der Klägerin die Tatsache, dass im Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) schlichte Beurteilungsfehler und die Nichtvorlage tragfähiger Beweise festgestellt wurden, als solche nicht ausreichen, um eine offenkundige und erhebliche Überschreitung der Grenzen darzutun, denen das Ermessen der Kommission bei der Fusionskontrolle und bei Bestehen einer komplexen Oligopolsituation unterliegt.

86 In diesem Zusammenhang bedarf die Argumentation bezüglich eines geringen Nachfragewachstums einer besonderen Prüfung, da die Beurteilung der Kommission hierbei auf einer unvollständigen und fehlerhaften Bewertung der ihr im Rahmen des Verwaltungsverfahrens übermittelten Daten beruht, die in der Entscheidung Airtours festgestellt wird (siehe oben, Randnr. 64, Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 127). Die der Fusionskontrolle eigenen Zwänge sind indessen so geartet, dass der bloße Umstand, dass die Kommission ein Dokument interpretiert hat, ohne dessen Wortlaut und seinen Sinn und Zweck zu beachten, obwohl sie selbst es als wichtiges Papier für ihre Beurteilung herangezogen hat, wonach die Wachstumsrate auf dem betreffenden Markt in den 90er Jahren mäßig gewesen sei und bleiben werde (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 130), nicht ausreicht, um die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft zu begründen (siehe oben, Randnr. 82). Gleiches gilt dafür, dass die Kommission bestimmte in den Akten enthaltene Daten nicht berücksichtigt hat, auf die sich das hier in Rede stehende Dokument bezog (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 132).

87 Die Kommission verfügte nämlich in den Akten des Verwaltungsverfahrens über Beweise, die vernünftigerweise den Schluss zuließen, dass das Wachstum in den kommenden Jahren leicht zunehmen werde. Das Gericht hat die in der Entscheidung

Airtours vorgenommene Beurteilung im Rahmen des Rechtsstreits über die Rechtmäßigkeit beanstandet und dabei die rechtlichen und sachlichen Ergebnisse der Kommission anhand der von der Klägerin vorgetragenen Argumente und der in der genannten Entscheidung enthaltenen Angaben geprüft. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Kommission ihre Ermessensbefugnis auf dem Gebiet der Fusionskontrolle offenkundig und erheblich überschritten hat, sofern sie — wie im vorliegenden Fall — erklären kann, weshalb sie vernünftigerweise davon ausgehen konnte, dass ihre Beurteilung begründet war. Im Übrigen geht aus den Akten des Verwaltungsverfahrens hervor, dass die Klägerin selbst der Kommission Daten vorgelegt hatte, nach denen für die Jahre 2000 bis 2002 eine geringe jährliche Wachstumsrate der Nachfrage zu erwarten war.

88 Hinsichtlich der Argumentation zur Transparenz des Marktes kann nicht bestritten werden, dass die Kommission hierbei einem Schlüsselfaktor für die Qualifizierung einer wettbewerbsbeschränkenden kollektiven beherrschenden Stellung nicht Rechnung getragen hat (siehe oben, Randnr. 66, und Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnrn. 156 bis 180). Die Überlegungen, die hierzu in der Entscheidung Airtours angestellt wurden, zeigen indessen — wie beim Nachfragewachstum —, dass zwar die Schlussfolgerungen, zu denen die Kommission gelangt war, das Gericht nicht überzeugt haben, da diese Überlegungen nicht hinreichend durch Beweise untermauert oder schlecht erläutert waren, dass die Kommission aber erst nach einer sorgfältigen Prüfung der im Verwaltungsverfahren gelieferten Daten Stellung genommen hat. Auch wenn im Verfahren über die Nichtigkeitsklage ein Rechtsverstoß festgestellt wurde, lässt sich dieser Beurteilungsfehler doch durch die objektiven Zwänge erklären, denen das Organ und seine Bediensteten aufgrund der Bestimmungen über die Fusionskontrolle unterliegen (siehe oben, Randnr. 43).

89 Die Betrachtungsweise der Kommission in der Entscheidung Airtours, die sich auf eine globale Berücksichtigung der je Veranstalter angebotenen Gesamtzahl von Pauschalreisen beschränkte, wurde zwar vom Gericht zugunsten des Konzepts der Klägerin verworfen, wonach dieser komplexe Prozess nicht einfach auf einer Übertragung der früheren geschätzten oder verkauften Kapazität beruhen kann, sondern aus einer Vielzahl heterogener Entscheidungen auf mikroökonomischer Ebene unter Berücksichtigung von Schätzungen in Bezug auf die Volatilität des Marktes und das Nachfragewachstum besteht, doch ist — angesichts der in den Akten des Verwaltungsverfahrens enthaltenen Anhaltspunkte — die von der Kommission entwickelte These, mag sie auch unter dem Blickwinkel der Rechtmäßigkeitskontrolle fehlerhaft sein, nicht mit einem Fehler behaftet, der hinreichend qualifiziert ist, um als außerhalb des

üblichen Verhaltens eines Organs liegend angesehen zu werden, das damit betraut ist, die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften zu überwachen.

90 Ferner ist festzustellen, dass die anderen im Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) festgestellten Fehler ebenfalls nicht hinreichend qualifiziert sind, um die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft zu begründen.

91 Dies gilt für die behauptete Verletzung der Verpflichtung, die Marktsituation ohne Zusammenschluss zu definieren (siehe oben, Randnr. 56), da aus den Argumenten der Kommission rechtlich hinreichend hervorgeht, dass diese Situation von ihren Dienststellen anhand der verfügbaren Beweise geprüft wurde, um festzustellen, welche Veränderungen der Wettbewerbsstruktur durch den Zusammenschluss eintreten würden.

92 Das Gleiche gilt für die Argumente zur Unbeständigkeit der Marktanteile (siehe oben, Randnr. 60), für die behauptete Verletzung der Verpflichtung zur Prüfung des Bestehens von Abschreckungsmitteln (siehe oben, Randnr. 68) und für die behauptete Verletzung der Verpflichtung, der Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Wettbewerber und Verbraucher die erforderliche Bedeutung beizumessen (siehe oben, Randnr. 70), da die Auffassung der Kommission in diesen Bereichen — die das Gericht nicht überzeugt hat — nicht einer offenkundigen und schwerwiegenden Verkennung der in den Akten des Verwaltungsverfahrens enthaltenen Angaben entspricht.

93 Gleiches gilt für das Argument zur Unbeständigkeit der Nachfrage (siehe oben, Randnr. 62), da die von der Klägerin geltend gemachte Unzulänglichkeit nicht so erheblich war, dass sie als hinreichend qualifiziert angesehen werden kann, um die

Haftung der Gemeinschaft zu begründen. Die Kommission erklärt im Übrigen hierzu, dass die von der Klägerin insoweit vorgelegten Beweise als solche nicht ausreichten, um die Unbeständigkeit der Nachfrage darzutun.

c) Zu den Argumenten der kumulativen Wirkung der Fälle von Missachtung der Beweise und der nicht hinreichenden Begründung

94 Die vom Gericht im Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) festgestellten Beurteilungsfehler lassen sich einzeln genommen durch die objektiven Zwänge erklären, die der Fusionskontrolle und der besonderen Komplexität der im vorliegenden Fall geprüften Wettbewerbssituation eigen sind. Diese Analyse wird nicht durch die kumulative Wirkung in Frage gestellt, die die Klägerin geltend macht, um zu behaupten, dass eine Reihe von Fehlern zusammengenommen ausreiche, um die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft zu begründen.

95 Hierzu ist festzustellen, dass sich diese Argumentation nicht auf Randnr. 107 des Urteils Scan Office Design/Kommission (oben in Randnr. 72 angeführt) stützen kann, in der das Gericht erklärt hat, dass die Kommission in dieser Rechtssache „eine Reihe von schweren Fehlern begangen hat, die einzeln oder jedenfalls zusammengenommen die erste der drei Voraussetzungen der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft … erfüllen". Diese Fehler sind ganz anderer Art als die Beurteilungsfehler, die das Gericht im Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) festgestellt hat. In der Rechtssache Scan Office Design/Kommission (Urteil oben in Randnr. 72 angeführt) handelte es sich um qualifizierte Fehler, die bei der Bewertung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags begangen worden waren, nämlich um die Weigerung der Kommission, Unterlagen herauszugeben, mit der unzutreffenden Begründung, von der Annahme eines verspäteten Angebots für einen öffentlichen Auftrag, der Berücksichtigung einer nicht unterzeichneten und nicht kommentierten Bewertung oder ordnungswidriger Bewertungen und der Wahl eines nicht mit den Verdingungsunterlagen übereinstimmenden Angebots könne keine Rede sein. In der vorliegenden Rechtssache wurden die Beurteilungsfehler von den Dienststellen der Kommission begangen, als sie zahlreiche Beweise zu prüfen hatten, um eine Wettbewerbssituation

zu untersuchen, die besonders schwer zu qualifizieren war. Der Beurteilungsspielraum, der der Kommission im Rahmen der Fragen der außervertraglichen Haftung bei der Fusionskontrolle zuzuerkennen ist, besteht sowohl auf der Ebene der Einzelprüfung der Fehler, die bei der Untersuchung der Wettbewerbsfolgen des Zusammenschlusses unterlaufen können, als auch auf der Ebene der Gesamtprüfung solcher Fehler. Daher kann im vorliegenden Fall nicht gesagt werden, dass die bloße Tatsache, dass im Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) zahlreiche Beurteilungsfehler festgestellt worden sind, notwendigerweise die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft auslöst.

96 Aus dem Argument der nicht hinreichenden Begründung der Entscheidung Airtours schließlich kann im vorliegenden Fall nicht die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft abgeleitet werden. Aus dem Urteil Airtours (oben in Randnr. 11 angeführt) geht nämlich hervor, dass sich die vom Gericht durchgeführte Analyse des dritten Klagegrundes, mit dem sowohl ein Verstoß gegen Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 als auch ein Verstoß gegen Art. 253 EG geltend gemacht wurde, allein auf die Argumente bezüglich eines Verstoßes gegen Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 konzentriert. Die Nichtigerklärung der Entscheidung Airtours beruht somit darauf, dass die Kommission — angesichts der Beweise, die in dieser Entscheidung angeführt werden — nicht hinreichend dargetan hat, dass der Zusammenschluss zu einer kollektiven beherrschenden Stellung führen würde, die geeignet wäre, einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich zu behindern (Urteil Airtours, oben in Randnr. 11 angeführt, Randnr. 294). Die Entscheidung Airtours enthielt somit eine Begründung, die ausreichte, um es dem Gericht zu erlauben, ihre Rechtmäßigkeit nachzuprüfen, auch wenn es diese Begründung im Ergebnis inhaltlich für fehlerhaft befand.

97 Aus alledem geht hervor, dass die Kommission bei ihrer Untersuchung des Zusammenschlusses Airtours/First Choice in Bezug auf die Merkmale für die Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung nicht in hinreichend qualifizierter Weise gegen eine Rechtsnorm verstoßen hat, die dem Einzelnen im Sinne der Rechtsprechung Rechte verleihen soll.

C — *Zum etwaigen Rechtsverstoß bei der Untersuchung der Verpflichtungszusagen*

1. *Zur Zulässigkeit der Argumentation bezüglich eines etwaigen Rechtsverstoßes bei der Untersuchung der Verpflichtungszusagen*

a) Vorbringen der Parteien

98 Die Kommission erklärt, die Argumentation bezüglich eines etwaigen Rechtsverstoßes bei der Untersuchung der Verpflichtungszusagen sei unzulässig, da dieser Klagegrund in der Klageschrift auch nicht in gedrängter Form entwickelt werde und die Klägerin sich nicht damit begnügen könne, hierzu auf Anlagen zu verweisen, die im Rahmen der Nichtigkeitsklage dargelegte Argumente enthielten.

99 Die Klägerin macht geltend, es komme hier nur darauf an, ob die Kommission zu dem vorgetragenen Klagegrund Stellung nehmen könne und ob es dem Gericht ermöglicht werde, seine Kontrollbefugnis auszuüben. Die entsprechenden Angaben in der Klageschrift würden diesem Kriterium gerecht und befänden sich in den Anlagen 15 und 16 zu diesem Schriftsatz, in denen die erforderlichen Beweise enthalten seien.

b) Würdigung durch das Gericht

100 Die Klageschrift muss gemäß Art. 21 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs, der gemäß Art. 53 Abs. 1 dieser Satzung auf das Verfahren vor dem Gericht anwendbar ist, und gemäß Art. 44 § 1 Buchst. c der Verfahrensordnung des Gerichts den Streitgegenstand und eine kurze Darstellung der Klagegründe enthalten. Diese Darstellung muss hinreichend klar und deutlich sein, um dem Beklagten die Vorbereitung seiner Verteidigung und dem Gericht die Ausübung der richterlichen Kontrolle zu ermöglichen. Um die Rechtssicherheit und eine ordnungsgemäße Rechtspflege zu gewährleisten, ist es für die Zulässigkeit einer Klage erforderlich, dass sich die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände, auf die sich die Klage stützt, zumindest in gedrängter Form, aber zusammenhängend und verständlich unmittelbar aus der Klageschrift ergeben (Beschlüsse des Gerichts vom 28. April 1993, De Hoe/Kommission, T-85/92, Slg. 1993, II-523, Randnr. 20, und vom 11. Juli 2005, Internationaler Hilfsfonds/Kommission, T-294/04, Slg. 2005, II-2719, Randnr. 23).

101 Um diesen Erfordernissen zu genügen, muss eine Klageschrift, die auf Ersatz der von einem Gemeinschaftsorgan verursachten Schäden gerichtet ist, die Angaben enthalten, anhand deren sich das dem Organ vom Kläger vorgeworfene Verhalten bestimmen lässt (Beschluss Internationaler Hilfsfonds/Kommission, oben in Randnr. 100 angeführt, Randnr. 24).

102 Im vorliegenden Fall erklärt die Klägerin in ihrer Klageschrift, die Weigerung der Kommission, die im Verwaltungsverfahren zugesagten Verpflichtungen zu akzeptieren oder auch nur zu prüfen, stelle einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen mehrere Rechtsnormen dar, die dem Einzelnen Rechte verleihen sollten. Insoweit seien die Verweisungen in der Klageschrift auf das Vorbringen zum vierten Klagegrund der Nichtigkeitsklage in der Rechtssache T-342/99 — Rechtmäßigkeit der Entscheidung Airtours in Bezug auf die Vorschriften über die Verpflichtungszusagen —, das in den Anlagen 15 und 16 zur Klageschrift im Einzelnen dargelegt werde, als bloße Erweiterung der Ausführungen der Klageschrift über den Rechtsverstoß zu betrachten, der der Kommission hinsichtlich der Untersuchung der vorgeschlagenen Verpflichtungen zur Last gelegt werde.

103 Anhand dieser Angaben konnte die Kommission ihre Verteidigung hinsichtlich des Sachgehalts dieses Klagegrundes vorbereiten.

104 Daher sind die Erklärungen der Kommission zur Zulässigkeit des auf einen etwaigen Rechtsverstoß bei der Untersuchung der Verpflichtungszusagen gestützten Klagegrundes zurückzuweisen.

2. *Zur Begründetheit*

a) Vorbringen der Parteien

Zur Argumentation in den Schriftsätzen der Parteien

105 Die Klägerin macht in ihren Schriftsätzen geltend, die Kommission habe dadurch, dass sie sich geweigert habe, die von der Klägerin im Verwaltungsverfahren vorgeschlagenen Verpflichtungen zu akzeptieren oder auch nur ins Auge zu fassen, gegen Art. 2 und Art. 8 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 verstoßen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den Grundsatz einer ordnungsgemäßen Verwaltung, die Sorgfaltspflicht sowie die Verpflichtung verletzt, ihre eigenen Verfahren für die Prüfung der Verpflichtungszusagen ordnungsgemäß anzuwenden. Dies stelle einen hinreichend qualifizierten Verstoß im Sinne der Rechtsprechung dar. Hätte die Kommission die von der Klägerin vorgeschlagenen Verpflichtungen akzeptiert und nicht zu Unrecht zurückgewiesen, wäre, so führt die Klägerin insbesondere aus, der Zusammenschluss gemäß Art. 2 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 genehmigt worden, was auch dann der Fall hätte sein müssen, wenn solche Verpflichtungszusagen nicht nötig gewesen wären, da der Zusammenschluss keine Wettbewerbsprobleme mit sich gebracht habe. Zudem hätte die Kommission die zweite Gruppe von Verpflichtungszusagen berücksichtigen müssen, obwohl Letztere außerhalb der in der Verordnung Nr. 4064/89 vorgesehenen Frist vorgeschlagen worden seien.

106 Die Kommission trägt vor, aus der Entscheidung Airtours gehe hervor, dass die erste Gruppe von Verpflichtungszusagen nicht ausgereicht habe, um den angemeldeten Zusammenschluss mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu machen, da die Schaffung eines einzigen Reiseveranstalters mittlerer Größe, der von den von den großen Veranstaltern kontrollierten Reisebüroketten abhinge, keinen ausreichenden Wettbewerb auf dem relevanten Markt gewährleistet hätte (Erwägungsgründe 186 bis 192 der Entscheidung Airtours). Zu der zweiten Gruppe von Verpflichtungszusagen, die nach Ablauf der in Art. 18 Abs. 2 der Verordnung Nr. 447/98 vorgesehenen Frist unterbreitet worden sei, erklärt die Kommission, dass diese Frist zwar bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände verlängert werden könne, dass die Klägerin jedoch weder eine Verlängerung beantragt noch Umstände genannt habe, die eine solche Maßnahme vor Ablauf der vorerwähnten Frist hätten rechtfertigen können. Zudem habe die zweite Gruppe von Zusagen nichts enthalten, was nicht in die erste Gruppe hätte einbezogen werden können. Darüber hinaus sei nicht genügend Zeit für eine sorgfältige Prüfung der neuen Verpflichtungszusagen geblieben (193. Erwägungsgrund der Entscheidung Airtours). Die Ablehnung der vorgeschlagenen Verpflichtungen sei somit gerechtfertigt und stelle keinen hinreichend qualifizierten Verstoß dar, der die Haftung der Gemeinschaft begründen könne.

Zur Möglichkeit, die Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999 innerhalb der verbleibenden Frist zu prüfen

107 Im Zuge der vom Gericht beschlossenen prozessleitenden Maßnahmen, mit denen festgestellt werden sollte, weshalb es der Kommission nicht möglich war, die am 15. September 1999 unterbreiteten Verpflichtungszusagen „innerhalb der kurzen verbleibenden Frist“ sachdienlich zu würdigen, und welche weiteren Ermittlungen für die Würdigung dieser Zusagen erforderlich gewesen wären, macht die Klägerin geltend, dass die Kommission durchaus in der Lage gewesen sei, diese Verpflichtungszusagen zu prüfen, und dass ihre Verweigerung dieser Prüfung durch besondere Zwänge, denen die Verwaltung bei einer üblichen Arbeitsweise objektiv unterliege, weder gerechtfertigt noch erklärt werden könne.

108 Die Kommission erklärt, weshalb der Entscheidungsentwurf am Dienstag, den 21. September 1999 vormittags, habe abgeschlossen sein müssen, selbst wenn die Frist für die Stellungnahme zum Zusammenschluss Airtours erst am 5. Oktober 1999 abgelaufen sei. Nach der Praxis der Kommission sei der Entscheidungsentwurf nämlich

für die Sitzung des Kollegiums der Kommissionsmitglieder auszuarbeiten, die in der Woche vor der Woche stattfinde, in der die Frist ablaufe, um der Möglichkeit Rechnung zu tragen, dass eine Mehrheit dieser Mitglieder Änderungen verlange. Im vorliegenden Fall hätten die Dienststellen der Kommission also nur über dreieinhalb Arbeitstage verfügt, um die am Mittwoch, dem 15. September 1999, unterbreiteten Verpflichtungszusagen zu prüfen, also über Donnerstag, den 16., Freitag, den 17., Montag, den 20., und den Vormittag von Dienstag, dem 21. September 1999. Da noch große Zweifel bestanden hätten, ein neuer Markttest und eine neue Konsultation des Beratenden Ausschusses binnen dreieinhalb Tagen hätten stattfinden müssen, die eingegangenen Stellungnahmen zum ersten Markttest sehr negativ gewesen seien, alles in der zweiten Zusagengruppe auch zu Beginn hätte vorgetragen werden können und die Klägerin keine Ausnahme beantragt oder überzeugende außergewöhnliche Umstände hierfür geltend gemacht habe, hätten die am 15. September 1999 unterbreiteten Verpflichtungszusagen nicht geprüft werden müssen.

Zur Frage, ob die am 15. September 1999 unterbreiteten Verpflichtungszusagen ausreichend waren, und zur Frage, wie die Kommission der Aufforderung des Gerichts nachgekommen ist, Unterlagen zu dieser Beurteilung vorzulegen

109 Im Zuge der vom Gericht beschlossenen prozessleitenden Maßnahme, mit der festgestellt werden sollte, inwieweit die am 15. September 1999 unterbreiteten Verpflichtungszusagen den von der Kommission in diesem Verfahrensstadium ermittelten Problemen gerecht werden konnten, macht die Klägerin geltend, die Kommission habe zwei Anliegen geäußert, nämlich die Notwendigkeit, eine vierte Kraft mit mindestens 10 % des relevanten Marktes zu schaffen, und den Zugang dieser Einheit zu einem Vertriebsnetz. Diesen beiden Punkten sei durch die vorgeschlagenen Verpflichtungen entsprochen worden. Die vierte Kraft (Cosmos mit 0,8 Millionen Pauschalverkäufen im Jahr 1998) habe einen Geschäftsanteil von 0,7 Millionen Pauschalverkäufen — mit 1,5 Millionen könnte das Unternehmen somit über 10 % des relevanten Marktes abdecken, der 1998 auf 13,9 Millionen Reisende geschätzt worden sei — erhalten sollen, und das Vertriebsnetz von First Choice habe diesem Unternehmen übertragen werden sollen mit einem Zugang zu einem Teil des Vertriebsnetzes der Klägerin für fünf Jahre.

110 Die Kommission führt aus, sie habe zum einen die Wiederherstellung einer vierten Kraft mit Zugang zu einem Vertriebsnetz und zum anderen den Fortbestand des Wettbewerbs durch die kleinen Reiseveranstalter erreichen wollen. Dieses Bestreben habe sich hauptsächlich aus den Stellungnahmen der Unternehmen und Vereinigungen ergeben, die auf den Markttest für die erste Gruppe von Verpflichtungszusagen geantwortet hätten.

111 In diesem Zusammenhang bemerkt die Kommission, dass die am 15. September 1999 (nach einer Sitzung mit ihr am selben Tag) unterbreiteten Verpflichtungszusagen neu und im Vergleich zur vorhergehenden Fassung wesentlich verändert gewesen seien und den bis dahin festgestellten Problemen nicht eindeutig und endgültig hätten gerecht werden können. So habe die Kommission diese Zusagen, auch wenn sie sie förmlich aus Verfahrensgründen zurückgewiesen habe, gleichwohl einer ersten Beurteilung unterzogen, um zu ermitteln, ob eine mögliche Befragung der interessierten Parteien und des Beratenden Ausschusses zu einer positiven Antwort führen könnte. In mehreren Bereichen habe jedoch weiter Ungewissheit bestanden, und die Kommission habe nicht darauf vertrauen können, dass ihre Bedenken hinsichtlich der Begründung einer kollektiven beherrschenden Stellung ausgeräumt würden.

112 Das Gericht hat in der Sitzung vom 29. April 2008 der Kommission gemäß Art. 65 Buchst. b und Art. 67 § 3 Abs. 3 der Verfahrensordnung aufgegeben, alle in ihrem Besitz befindlichen Unterlagen über die Bewertung der am 15. September 1999 unterbreiteten Verpflichtungszusagen vorzulegen, die seit diesem Tag bis zum Erlass der Entscheidung Airtours, also bis zum 22. September 1999, verfasst worden sind.

113 Entsprechend dieser Aufforderung hat die Kommission in der Sitzung vom 29. April 2008 zwei Schriftstücke vorgelegt. Das erste ist eine undatierte Aktennotiz mit einer Zusammenfassung des Inhalts der Erörterungen vor und anlässlich der Sitzung bei der Kommission vom 15. September 1999 in Bezug auf die Verpflichtungszusagen und im Besonderen auf den Verpflichtungsvorschlag, der am 14. September 1999 informell unterbreitet worden war. Das zweite Schriftstück ist ein Vermerk des Direktors der Merger Task Force (im Folgenden: MTF) vom 16. September 1999 für das für Wettbewerbsfragen zuständige Mitglied der Kommission mit einer Stellungnahme zu den am 15. September 1999 unterbreiteten Verpflichtungszusagen unter verfahrens- und materiell-rechtlichem Gesichtspunkt. Dieses zweite Schriftstück enthält unter den

Ziff. 11 bis 13 im Wesentlichen den Inhalt der Erklärungen der Kommission in Beantwortung der Frage des Gerichts zur Bewertung der Verpflichtungszusagen.

114 Die Kommission hat innerhalb der dafür vom Gericht vorgesehenen Frist noch folgende weitere Schriftstücke vorgelegt:

— eine Aktennotiz eines Referatsleiters der MTF vom 16. September 1999 über die Grundsätze für nach Fristablauf unterbreitete Verpflichtungszusagen;

— einen Vermerk desselben Referatsleiters vom 17. September 1999 an einen Beamten des Generalsekretariats sowie eine überarbeitete Fassung dieses Vermerks mit dem Text der anstehenden Mitteilung des für Wettbewerbsfragen zuständigen Mitglieds der Kommission, in denen Bedenken und Zweifel bezüglich der inhaltlichen Bewertung der Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999 zum Ausdruck kommen;

— Redenotizen für das für Wettbewerbsfragen zuständige Mitglied der Kommission zur Verwendung in der Sitzung der Kommission über den Entscheidungsentwurf Airtours, worin Bedenken und Zweifel bezüglich der inhaltlichen Bewertung der Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999 zum Ausdruck kommen;

— einen Entscheidungsentwurf Airtours, der keine inhaltliche Bewertung der Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999 enthält, sondern nur feststellt, dass diese Zusagen zu spät vorgetragen wurden;

— einen Vermerk der MTF an das für Wettbewerbsfragen zuständige Mitglied der Kommission mit Sprechelementen und dem Titel „Verteidigungspunkte — Verpflichtungsangebot“ für das Vorbringen von Argumenten insbesondere bezüglich der inhaltlichen Bewertung der Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999.

115 Die Klägerin hat innerhalb der dafür vom Gericht vorgesehenen Frist Stellung zu den verschiedenen Schriftstücken genommen, die die Kommission auf Verlangen des Gerichts vorgelegt hat.

b) Würdigung durch das Gericht

116 Durch die Fusionskontrolle sollen betroffene Unternehmen die erforderliche vorherige Genehmigung für den Vollzug eines Zusammenschlusses von gemeinschaftsweiter Bedeutung erhalten. Bei dieser Kontrolle können diese Unternehmen der Kommission Verpflichtungen vorschlagen, um eine Entscheidung zu erwirken, mit der die Vereinbarkeit ihres Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt festgestellt wird.

117 Die vorgeschlagenen Verpflichtungen sollen es der Kommission je nach dem Stand des Verwaltungsverfahrens ermöglichen, festzustellen, dass der angemeldete Zusammenschluss im Stadium der Voruntersuchung keinen Anlass mehr zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt gibt (Art. 6 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89), oder zu dem Schluss zu gelangen, dass diese Verpflichtungen den Einwänden gerecht werden, die bei der eingehenden Prüfung erhoben wurden (Art. 18 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89). Die genannten Verpflichtungszusagen ermöglichen es also, zunächst die Einleitung einer Phase der eingehenden Prüfung zu vermeiden oder später den Erlass einer Entscheidung zu vermeiden, mit der der Zusammenschluss für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird.

118 Nach Art. 8 Abs. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 kann die Kommission nämlich eine Entscheidung, mit der ein Zusammenschluss nach dem Kriterium des Art. 2 Abs. 2 dieser Verordnung für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird, mit Bedingungen und Auflagen verbinden, um sicherzustellen, dass die beteiligten Unternehmen den Verpflichtungen nachkommen, die sie gegenüber der Kommission hinsichtlich einer mit dem Gemeinsamen Markt zu vereinbarenden Gestaltung des Zusammenschlusses eingegangen sind.

119 In Anbetracht der erheblichen finanziellen Interessen und der großen Bedeutung eines solchen Zusammenschlusses für Gewerbe und Handel wie auch der Entscheidungsbefugnisse, über die die Kommission in diesem Bereich verfügt, kann erwartet werden, dass die beteiligten Unternehmen alles tun, um die Arbeit der Verwaltung zu erleichtern. Aus denselben Gründen ist auch die Kommission verpflichtet, größte Sorgfalt bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe der Fusionskontrolle walten zu lassen.

120 Im vorliegenden Fall geht aus der Entscheidung Airtours und den Antworten der Parteien auf die Fragen des Gerichts hervor, dass die Kommission beschloss, das Verfahren zur eingehenden Prüfung am 3. Juni 1999 einzuleiten. Sie gab der Klägerin auch Gelegenheit, zu den Einwänden ihrer Dienststellen Stellung zu nehmen, indem sie der Klägerin am 9. Juli 1999 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte übermittelte; diese Fragen wurden sodann bei der Anhörung behandelt, die am 28. und 29. Juli 1999 stattgefunden hat. Um diesen Einwänden gerecht zu werden, schlug die Klägerin der Kommission am 19. August 1999 mehrere Verpflichtungen vor. Ursprünglich zielten die in Betracht gezogenen Verpflichtungen nur darauf ab, weiterhin den Wettbewerb der kleinen Reiseveranstalter sicherzustellen. Die Kommission teilte der Klägerin jedoch mit, dass die Wiederherstellung einer vierten Kraft eine wirksame Korrektivmaßnahme darstellen könne, um den in diesem Stadium ermittelten Wettbewerbsproblemen gerecht zu werden. Dieser Punkt wurde von der Klägerin in einer Sitzung aufgegriffen, die mit der Kommission am 24. August 1999 im Hinblick auf die am 19. August 1999 vorgeschlagenen Verpflichtungen stattfand. Später war er Gegenstand der ersten Gruppe von Verpflichtungszusagen, die nach Erörterungen mit den Dienststellen der Kommission am 7. September 1999 förmlich unterbreitet wurden, und der zweiten Gruppe von Verpflichtungszusagen, mit denen die vorhergehenden Zusagen geändert wurden und die nach einer Sitzung mit der Kommission am 15. September 1999 am selben Tag förmlich unterbreitet wurden.

121 Im 193. Erwägungsgrund der Entscheidung Airtours vertritt die Kommission die Auffassung, dass die am 15. September 1999 unterbreiteten Verpflichtungszusagen von ihren Dienststellen nicht zu berücksichtigen seien, da sie nach Ablauf der in Art. 18 Abs. 2 der Verordnung Nr. 447/98 vorgesehenen Dreimonatsfrist — die am 7. September 1999 endete — unterbreitet worden seien, ohne dass stichhaltige außergewöhnliche Umstände vorlägen und „bis zum Ablauf der Frist gemäß Art. 10 Abs. 3 der [Verordnung Nr. 4064/89, d. h. bis 5. Oktober 1999,] nicht genügend Zeit für eine sorgfältige Bewertung [blieb]". Dieser Punkt wird von den Parteien nicht bestritten.

122 Ferner ist zwischen den Parteien unstreitig, dass die Klägerin aus eigener Initiative am 15. September 1999 neue Verpflichtungszusagen unterbreitet hat, um die am 7. September 1999 vorgelegten Zusagen zu ersetzen. Dieser geänderte Verpflichtungsvorschlag, der auf den Einwänden der Mitteilung der Beschwerdepunkte und dem Ergebnis des ersten Markttests über die ursprünglichen Verpflichtungszusagen beruhte, wurde unterbreitet, um den in diesem Stadium von der Kommission festgestellten Wettbewerbsproblemen gerecht zu werden. Dieser letzte Verpflichtungsvorschlag ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen.

123 Wenn das Gericht die in der Entscheidung Airtours von der Kommission dargelegte Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb für rechtswidrig erklärt hat, bedeutet dies nämlich nicht, dass allein deshalb die Weigerung, die am 15. September 1999 vorgeschlagenen Zusagen zu akzeptieren, als rechtswidrig anzusehen ist. In dem Stadium, das von der Untersuchung durch das Gericht erfasst wird, war die Entscheidung Airtours noch nicht erlassen, und die Klägerin hat aus freien Stücken und in Kenntnis der Sachlage beschlossen, der Kommission Lösungen vorzuschlagen, um den damaligen Einwänden gerecht zu werden und eine Vereinbarkeitsentscheidung zu erwirken. In diesem Kontext ist das Vorliegen eines etwaigen hinreichend qualifizierten Verstoßes im Stadium der Untersuchung der vorgeschlagenen Verpflichtungen zu beurteilen und nicht anhand von Faktoren, die den Parteien bei der Erörterung der Verpflichtungszusagen noch nicht bekannt waren.

124 Die Kommission hat in der Sitzung vom 29. April 2008 erklärt, dass zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt, nämlich im September 1999, ihre Praxis für die Prüfung nicht fristgerecht unterbreiteter Verpflichtungszusagen darin bestanden habe, solche Zusagen nur dann zu akzeptieren, wenn sie eindeutig den Einwänden gerecht werden könnten, die in diesem Stadium in Bezug auf die Vereinbarkeit des

Zusammenschlusses mit dem Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erhoben worden seien. Dies entspreche der Sorgfaltspflicht der Verwaltung bei der Ausübung der Entscheidungsbefugnisse, über die sie gemäß Art. 8 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 4064/89 verfüge (siehe oben, Randnr. 49).

125 Den Ausführungen der Kommission in Beantwortung einer Frage des Gerichts zufolge stieß ihre ursprüngliche — relativ nachsichtige und entgegenkommende — Vorgehensweise rasch an ihre Grenzen. Die beteiligten Unternehmen hätten nämlich die Tendenz gehabt, mit der Unterbreitung ihrer Verpflichtungszusagen bis zum letzten Augenblick zu warten, was den ordnungsgemäßen Ablauf des Entscheidungsprozesses für die Fusionskontrolle gefährdet habe, denn die Kommission habe dadurch nicht unter günstigen Bedingungen diese Zusagen prüfen sowie Dritte und die Vertreter der Mitgliedstaaten konsultieren können. Mit Wirkung vom 27. Mai 1998 habe die Kommission beschlossen, die in Art. 18 Abs. 2 der Verordnung Nr. 447/98 vorgesehene Dreimonatsfrist strenger zu handhaben, um die Möglichkeit zu begrenzen, dass verspätete Verpflichtungszusagen nur dann geprüft würden, wenn noch eine sachgerechte Beurteilung vorgenommen werden könne.

126 Diese Praxis ist im Übrigen später in die Mitteilung der Kommission über im Rahmen der Verordnung Nr. 4064/89 und der Verordnung Nr. 447/98 zulässige Abhilfemaßnahmen (ABl. 2001, C 68, S. 3) übernommen worden, um die Konsequenzen aus der Erfahrung zu ziehen, die auf dem Gebiet der Verpflichtungszusagen seit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 4064/89 gesammelt worden war. Nach Ziff. 43 dieser Mitteilung akzeptiert die Kommission eine Prüfung geänderter Verpflichtungsvorschläge, die nach Ablauf der in der Verordnung Nr. 447/98 vorgesehen Frist unterbreitet werden, „wenn sie — auf der Grundlage ihrer Würdigung der im Laufe des Verfahrens erhaltenen Informationen, einschließlich der Ergebnisse früherer Markttests und ohne dass es eines weiteren Markttests bedürfte — eindeutig feststellen kann, dass durch die Verpflichtungen, wenn sie einmal durchgeführt sind, die festgestellten Wettbewerbsprobleme gelöst werden, und wenn genügend Zeit für eine angemessene Konsultation der Mitgliedstaaten verbleibt“.

127 Das Gericht hat in einer Rechtssache, die einen im Jahr 2004 angemeldeten Zusammenschluss betraf, befunden, dass sich aus dieser Mitteilung, mit der sich die Kommission freiwillig bindet, ergibt, dass verspätet unterbreitete Verpflichtungszusagen der an einem angemeldeten Zusammenschluss Beteiligten unter zwei kumulati-

ven Voraussetzungen berücksichtigt werden können, nämlich erstens, dass diese Zusagen die zuvor festgestellten Wettbewerbsprobleme eindeutig lösen, ohne dass es weiterer Ermittlungen bedarf, und zweitens, dass genügend Zeit bleibt, die Mitgliedstaaten zu diesen Zusagen zu konsultieren (Urteil des Gerichts vom 21. September 2005, EDP/Kommission, T-87/05, Slg. 2005, II-3745, Randnrn. 162 und 163).

128 Es ist festzustellen, dass die Kommission, freilich entgegen den Angaben in der Entscheidung Airtours, die Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999 nicht zurückgewiesen hat, ohne sich gefragt zu haben, ob sie nicht den Einwänden, die in diesem Stadium des Verfahrens bestanden, eindeutig gerecht werden konnten.

129 In den Schriftstücken, die auf Anordnung des Gerichts vorgelegt worden sind, werden die Gründe dargelegt, aus denen die Kommission zu dem Schluss gelangen konnte, dass diese Verpflichtungszusagen nicht ausreichten, um den genannten Einwänden gerecht zu werden. So bezeichnen die Notiz des Direktors der MTF vom 16. September 1999 und der Vermerk der MTF über die Verteidigungspunkte an das für Wettbewerbsfragen zuständige Mitglied der Kommission die Bedenken der Kommission hinsichtlich der Behauptung, wonach der Marktanteil der von der Klägerin vorgeschlagenen neuen Einheit, der vierten Kraft, 10 % betragen soll. Nicht nur war nämlich der Marktanteil von First Choice größer als derjenige der vierten Kraft, die die Klägerin als Ersatz vorgeschlagen hatte (11 % nach den niedrigsten Daten), sondern auch und vor allem wurde dieser Wert von 10 % unter der Annahme erreicht, dass das Unternehmen Cosmos, das einen Teil dieser vierten Kraft darstellte, ein erhebliches internes jährliches Wachstum aufweisen würde (von 0,55 Millionen Pauschalverkäufen 1998/99 auf 0,8 Millionen Pauschalverkäufe 1999/2000, d. h. 45 % in einem Jahr). Ein derartiges internes Wachstum war indessen in Anbetracht der Marktmerkmale kaum anzunehmen. Zudem bringen die genannten Schriftstücke Bedenken und Zweifel in Bezug auf mehrere Punkte zum Ausdruck, wie etwa bezüglich der genauen Zusammensetzung der auf die neue Geschäftstätigkeit übertragenen Pauschalen, des Interesses, das das Unternehmen Cosmos, das der Verwendung eines Reisebüronetzes keine große Bedeutung beimaß, an der Übernahme des Reisebüronetzes von First Choice haben könnte, und der Unabhängigkeit von Cosmos gegenüber den drei hauptsächlichen Marktteilnehmern, die nach dem Zusammenschluss auf dem Markt verblieben und die den größten Teil der von Cosmos verkauften Sitzplätze auf Flügen bezogen. Die am 15. September 1999 unterbreiteten Verpflichtungszusagen wurden demnach durchaus von den Dienststellen der Kommission geprüft, wobei sie mehrere Faktoren feststellten, die bezweifeln ließen, dass diese Zusagen eindeutig den Einwänden gerecht werden könnten, die in diesem Stadium des Verfahrens bestanden.

130 Wenn die Kommission in der Entscheidung Airtours die von ihren Dienststellen durchgeführte Untersuchung der Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999 nicht erwähnt, kann dies das Gericht nicht daran hindern, die einschlägigen und hinreichend beweiskräftigen Schriftstücke zu berücksichtigen, die in diesem Sinne im Rahmen der vorliegenden Klage vorgelegt wurden und rechtlich hinreichend belegen, dass diese Untersuchung stattgefunden hat.

131 Ohne dass es erforderlich ist, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Kommission innerhalb des verfügbaren Zeitraums die geänderten Zusagen vom 15. September 1999 prüfen konnte, geht aus den vorstehenden Erwägungen hervor, dass diese Zusagen nicht geeignet waren, eindeutig den Einwänden gerecht zu werden, die in diesem Stadium in Bezug auf die Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Wettbewerb im Gemeinsamen Markt bestanden. Das Vorgehen der Kommission hatte somit nicht zur Folge, dass der Klägerin jede Möglichkeit entzogen wurde, dass der Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt wird. Die Kommission hat folglich in dieser Frage ihre Sorgfaltspflicht nicht verletzt.

132 Demnach hat die Kommission keinen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleihen soll, begangen, der die Haftung der Gemeinschaft im Rahmen der Untersuchung der Verpflichtungszusagen begründen könnte, die die Klägerin am Ende des Verwaltungsverfahrens unterbreitet hat.

133 Die Klage ist daher abzuweisen.

134 Ebenso sind die verschiedenen Anträge der Klägerin auf prozessleitende Maßnahmen, mit denen die Herausgabe bestimmter Schriftstücke oder die Klärung bestimmter Sachverhalts- oder Verfahrensfragen bewirkt werden soll, zurückzuweisen. Anhand der Antworten auf die den Parteien gestellten Fragen und nach Prüfung der von der Kommission vorgelegten Schriftstücke über die Untersuchung der Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999 (siehe oben, Randnrn. 113 und 114) ist nämlich

festzustellen, dass die beantragten Maßnahmen nicht erforderlich sind, um den vorliegenden Rechtsstreit zu entscheiden, so dass diesen Anträgen nicht stattzugeben ist.

Kosten

135 Gemäß Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Gemäß Art. 87 § 3 Abs. 1 der Verfahrensordnung kann das Gericht jedoch die Kosten teilen oder beschließen, dass jede Partei ihre eigenen Kosten trägt, wenn jede Partei teils obsiegt, teils unterliegt oder wenn ein außergewöhnlicher Grund gegeben ist.

136 Das Gericht stellt im vorliegenden Fall fest, dass die Kommission in der Entscheidung Airtours ausführt, sie habe die am 15. September 1999 von der Klägerin unterbreiteten Verpflichtungszusagen wegen deren verspäteter Vorlage und wegen Zeitmangels nicht geprüft. Hierdurch konnte die Klägerin ebenso wie das Gericht zu der Auffassung gelangen, dass diese überarbeiteten Verpflichtungszusagen, die nach einer Sitzung mit den Dienststellen der Kommission unterbreitet wurden, um den ursprünglichen Verpflichtungsvorschlag zwecks besserer Berücksichtigung der in diesem Verfahrensstadium festgestellten Bedenken abzuändern, von der Kommission allein aus Verfahrensgründen nicht geprüft worden seien. Aus den prozessleitenden Maßnahmen und der Beweisaufnahme, die das Gericht zum einen zur Vorbereitung der Sitzung vom 29. April 2008 und zum anderen in dieser Sitzung beschlossen hat, geht jedoch hervor, dass die Dienststellen der Kommission sich nicht damit begnügt haben, die Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999 als verspätet zurückzuweisen, sondern dass sie auch eine erste Prüfung dieser Zusagen vorgenommen haben, um festzustellen, dass sie in diesem Stadium nicht ausreichten.

137 Dass die Dienststellen der Kommission gleichwohl eine angemessene Prüfung der Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999 entsprechend der damaligen Praxis

der Kommission durchgeführt haben, was ein entscheidender Faktor für die Entscheidung des Rechtsstreits ist, ist somit der Klägerin und dem Gericht erst in einem sehr fortgeschrittenen Stadium des Rechtsstreits zur Kenntnis gelangt.

138 Dies ist umso bedauerlicher, als die Klägerin im Rahmen der vorliegenden Rechtssache und auch der Rechtssache T-403/05 (siehe oben, Randnr. 18) die Kommission wiederholt aufgefordert hat, ihr alle Schriftstücke zu übermitteln, die es ihr ermöglichen könnten, ihre Argumente vor dem Gericht geltend zu machen. Auch wenn auf den ersten Blick anzunehmen ist, dass es sich dabei um Schriftstücke handelt, die einem Beteiligten eines Zusammenschlusses im Verwaltungsverfahren nach der Verordnung Nr. 4064/89 oder einer Einzelperson auf Antrag nach der Verordnung Nr. 1049/2001 nicht zugänglich sind, ist festzustellen, dass sie von Bedeutung waren, um der Klägerin zu ermöglichen ihre Argumente im vorliegenden Verfahren geltend zu machen und das Gericht in die Lage zu versetzen, zu beurteilen, ob die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft begründet wird.

139 Obwohl sich dies nicht auf die vorliegende Rechtssache ausgewirkt hat, da die betreffenden Unterlagen im streitigen Verfahren vorgelegt worden sind, hätte die Kommission die in der Sitzung vom 29. April 2008 und danach vorgelegten Schriftstücke bereits bei der Einreichung der Klagebeantwortung übermitteln müssen, in der sie den Klagegrund eines Rechtsverstoßes bei der Untersuchung der Verpflichtungszusagen als unzulässig wie auch als unbegründet zurückgewiesen hat. Unter den vorgenannten Umständen hält es das Gericht daher für angemessen, dass die Kommission ihre eigenen Kosten trägt.

140 Die Mitgliedstaaten, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, tragen gemäß Art. 87 § 4 Abs. 1 der Verfahrungsordnung ihre eigenen Kosten. Die Bundesrepublik Deutschland trägt daher ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Dritte erweiterte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die MyTravel Group plc trägt ihre eigenen Kosten.

3. Die Kommission trägt ihre eigenen Kosten.

4. Die Bundesrepublik Deutschland trägt ihre eigenen Kosten.

Azizi Cooke Cremona

Labucka Frimodt Nielsen

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 9. September 2008.

Der Kanzler Der Präsident

E. Coulon J. Azizi

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt . . . . . II - 1974

Verfahren und Anträge der Parteien . . . . . II - 1977

Gründe . . . . . II - 1981

A — Vorbemerkungen zu den Voraussetzungen für die Begründung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft . . . . . II - 1981

1. Allgemeine Argumentation der Parteien . . . . . II - 1981

a) Zum Begriff des hinreichend qualifizierten Verstoßes . . . . . II - 1982

b) Zum Begriff der Rechtsnorm, durch die dem Einzelnen Rechte verliehen werden sollen . . . . . II - 1982

2. Würdigung durch das Gericht . . . . . II - 1983

a) Zum Begriff des hinreichend qualifizierten Verstoßes . . . . . II - 1984

b) Zum Begriff der Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleihen soll . II - 1986

B — Zum Bestehen eines „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ im Stadium der von der Kommission vorgenommenen Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlusses Airtours/First Choice auf den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt . . . . . II - 1989

1. Vorbringen der Parteien . . . . . II - 1989

a) Zur Verpflichtung, den begrenzten Anwendungsbereich des Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 zu beachten . . . . . II - 1990

b) Zur Verpflichtung, die Marktsituation ohne Zusammenschluss zu definieren . . . . . II - 1991

c) Zur Verpflichtung, die Voraussetzungen einer stillschweigenden Kollusion festzustellen . . . . . II - 1992

Zur Unbeständigkeit der Marktanteile . . . . . II - 1993

Zur Unbeständigkeit der Nachfrage . . . . . II - 1993

Zum geringen Nachfragewachstum . . . . . II - 1994

Zur Markttransparenz . . . . . II - 1995

Zur Verpflichtung, zu prüfen, ob Abschreckungsmittel vorhanden sind II - 1997

Zur Verpflichtung, der Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Wettbewerber und Verbraucher die erforderliche Bedeutung beizumessen . . . . . II - 1998

d) Zur kumulativen Wirkung der Fälle von Nichtberücksichtigung der Beweise und zur nicht hinreichenden Begründung . . . . . II - 1999

2. Würdigung durch das Gericht . . . . . II - 2000

a) Zum Argument, der begrenzte Anwendungsbereich des Art. 2 der Verordnung Nr. 4064/89 müsse beachtet werden . . . . . II - 2000

b) Zu den Argumenten, die Marktsituation ohne Zusammenschluss müsse definiert und die Voraussetzungen einer stillschweigenden Kollusion müssten festgestellt werden . . . . . II - 2001

c) Zu den Argumenten der kumulativen Wirkung der Fälle von Missachtung der Beweise und der nicht hinreichenden Begründung . . . . . II - 2007

C — Zum etwaigen Rechtsverstoß bei der Untersuchung der Verpflichtungszusagen II - 2009

1. Zur Zulässigkeit der Argumentation bezüglich eines etwaigen Rechtsverstoßes bei der Untersuchung der Verpflichtungszusagen . . . . . II - 2009

a) Vorbringen der Parteien . . . . . II - 2009

b) Würdigung durch das Gericht . . . . . II - 2010

2. Zur Begründetheit . . . . . II - 2011

a) Vorbringen der Parteien . . . . . II - 2011

Zur Argumentation in den Schriftsätzen der Parteien . . . . . II - 2011

Zur Möglichkeit, die Verpflichtungszusagen vom 15. September 1999 innerhalb der verbleibenden Frist zu prüfen . . . . . II - 2012

Zur Frage, ob die am 15. September 1999 unterbreiteten Verpflichtungszusagen ausreichend waren, und zur Frage, wie die Kommission der Aufforderung des Gerichts nachgekommen ist, Unterlagen zu dieser Beurteilung vorzulegen . . . . . II - 2013

b) Würdigung durch das Gericht . . . . . II - 2016

Kosten . . . . . II - 2022